Seitz

Gesch.
von Sr. M. Kön. Ludw. II.

Zur Kritik der
heutigen Negatorien- und Confessorienklage
und damit zur Kritik
der herrschenden historischen Rechtsschule
(der herrschenden Rechtsdarstellung)
im Allgemeinen.

Eine Studie vom Standpunkte einer wissenschaftlichen „Empirie" des positiven Rechtes der Gegenwart und eines gegebenen nationalen Civilrechts in Deutschland,

sowie nebenbei

eine Replik gegenüber Ernst Immanuel Bekker.

von

Dr. Karl Joseph Seitz,
Bezirksgerichtsrath in Windsheim, (früher in Bamberg).

Jena,
Mauke's Verlag
(Hermann Dufft).
1873.

Inhalt.

werden können — von mir früher sogenannte „absolut positive" Rechtsbestandtheile, — zeigt sich hier ein Rechtsbestandtheil, welcher umgekehrt nur durch das Recht der Wissenschaft, nie durch Gesetz oder Gewohnheit, geregelt werden kann).

§ 3.

Geschichtlicher Theil. Historischer Sinn einer röm. „actio" überhaupt: actio bezeichnet ursprünglich ein „judicium"; das interdictum dagegen lediglich eine „extraordinaria cognitio". — Folgerungen hieraus für die „actio" negatoria und confessoria, daß wenn diese actiones als judicia in Rom auf einzelne Fälle beschränkt waren, deßhalb nicht auch unsere positiven und negativen Rechtsmittel auf diese einzelnen Fälle beschränkt werden dürfen, weil die actiones nicht die einzigen Rechtsmittel des heutigen Rechts sind.

§ 4.

Dogmatischer Theil. I. Empirische Lösung. Fälle in welchen sich heutzutage negative und confessorische Klagen finden. II. Lösung nach der bisherigen Methode der historischen Schule. III. Dogmatische Unterscheidung zwischen einer negatoria und confessoria. IV. Praktische Folgerungen in Bezug auf die Beweislast.

Anhang. Weitere praktische Belege dafür, daß die historische Darstellungsweise das positive Recht anders, als sich dessen Geltung erfahrungsgemäß (empirisch) zeigt, und deßhalb unrichtig darstellt: — I. Recht der Persönlichkeit. — II. Besitz. — III. Injurie, Alimenten- und Schmerzengeldklage. — IV. Bährs Anerkennungsvertrag. —

Vorwort.

Das Gedeihen unseres heimischen Civilrechts in Deutschland wird bedingt — gehemmt oder gefördert — durch ein richtiges leitendes und belebendes „Grundprinzip": durch eine richtige Lösung der Grundfrage: „wie stellen wir ein wahres positives Recht dar"? — Dasjenige also, was auf diese Weise eine Darstellung unseres positiven Civilrechts bedingt, sind unzweifelhaft „dogmatische" Grundprinzipien; den Inbegriff solcher dogmatischer Prinzipien, welche die Rechtsdarstellung im Laufe der Zeiten jeweilig leiten, nannte man bisher — meines Erachtens mit vollem Grunde — die jeweilige „Schule" des Rechts.

Die Feststellung eines solchen leitenden Grundprinzipes (d. i. der berechtigten „Schule") nun wurde bisher mit Vorliebe weniger von der Praxis, als vielmehr von unserer Theorie erstrebt. Obgleich so dieser Feststellung von Seite der Praxis vielfach kaum ein praktischer, vielmehr lediglich „theoretischer Werth" beigemessen wurde, verblieb dieselbe nichtsdestoweniger erfahrungsgemäß im Verlaufe unseres Jahrhunderts für die Rechtsdarstellung von gewaltigem, praktischem Einflusse. Die neuerstandene herrschende Theorie löste sich in Folge ihrer Schulprinzipien allmälig los von der Praxis sowie dem thatsächlichen Rechte, und das gesammte Rechtsleben litt unter den Contrasten beider und unter dieser Verkennung ihrer Aufgabe Seitens der Theorie gegenüber unserem positiven Rechte. — —

Mit logischer Nothwendigkeit muß daher die Gegenwart, sobald dieselbe ersieht, daß in Folge dieses Einflusses einer herrschenden „Schule" etwas mangelhaft sei in unserem positiven Civilrechte, in rein sachlichem Interesse wieder auf eine neuerliche Kritik der bisherigen Grundprinzipien unserer Rechtsdarstellung zurückkommen, — auf eine Kritik eben jener Prinzipienfragen, welche trotz lebhaftester Erörterung und schroffer Parteibildung seit dem zweiten Jahrzehnte unseres Jahrhunderts, Seitens der Leiter der historischen Schule sowie ihrer Gegner, gewiß noch nicht zu einem „Abschlusse" gediehen sind, — und insolange zurückkommen, bis wir den richtigen Standpunkt einerseits: zur Wiederbeseitigung der Schäden, welche etwaige Irrthümer der bisherigen Richtung der Theorie für das Rechtsleben gebracht haben, sowie anderseits: zum Aufbaue eines besseren, lebenswahreren und zugleich nationalen — das heißt der wahren Rechtsgestaltung und den Bedürfnissen unserer Nation entsprechenderen — Civilrechts gefunden haben werden.

Aus diesem Grunde liegt es in der Aufgabe unserer Zeit und zugleich unverhohlen in der Absicht der vorliegenden Schrift, das bisher leitende Grundprinzip unserer Rechtsdarstellung oder die bisher die Rechtsdarstellung beherrschende „historische Schule" vom praktischen Standpunkte wiederholt einer sachlichen Kritik zu unterstellen. —

Diese letztere, das Civilrecht bis zur Stunde beherrschende, vielfach verdienstvolle, Schule eben hat unser Recht bisher unzweifelhaft relativ am besten, unzweifelhaft vollendeter dargestellt, als die ihr selbst vorausgehenden Richtungen. Dieselbe hat insbesondere gegenüber ihrer unmittelbaren Vorgängerin den erheblichen Fortschritt gebracht, daß dieselbe einem „thatsächlichen" oder positiven Rechte — gegenüber einer blosen „Philosophie", welche im Prinzipe noch kein pos. Recht ist — zur theoretischen Anerkennung verholfen hat, wenn ihr auch die

praktische Ausführung dieser Lehre nicht völlig gelang; und unsere Aufgabe ist allerdings, an dieser Errungenschaft festzuhalten. — Wie also jedes Fortschreiten, (selbst eine jede einzelne neue Erfindung und jedes andere Bessern in jedem sonstigen Zweige des Wissens oder der Technik), nur schrittweise, nur auf Grund der Erfahrungen und Vorzüge der Vorgänger und gleichsam nur auf den Schultern der letzteren vor sich gehen kann, so wird auch diese Schule, unter Anerkennung und Belassung des an ihr Berechtigten, nur in den Punkten zu bessern sein, in welchen dieselbe zum Schaden des Rechtslebens noch unbestimmt und ungenügend verblieben ist und theilweise zu einer unwahren Rechtsdarstellung geführt hat. — — Der beachtenswertheste Punkt, in welchem sich diese Schule als mangelhaft und in der That schädlich erwies, ist dieser. — Die „historische" Schule hat unser jetzt geltendes (positives) Recht aus einer zeitlich ungenügend begrenzten „Geschichte" darzustellen versucht, welche theils ein wahres, jetzt wirklich noch geltendes, theils aber ein jetzt unwahres, weil jetzt vergangenes und überwundenes, Recht in sich birgt: obgleich doch alles wirklich Positive oder „Geltende" im Prinzipe einzig nur aus der Gegenwart, — dem, was „jetzt" gilt, — ersichtlich sein kann, (wenn dasselbe auch immerhin aus der Vergangenheit erläutert und verstanden werden muß). — Auf diese Weise allein schon mußte diese Schule ihre Rechtsdarstellung dem Leben wie der Wahrheit mehr oder weniger entfremden. — — Unsere Aufgabe ist demzufolge nun: — Einmal eine Negation: — der Nachweis der Unzulänglichkeit der, das Civilrecht bisher beherrschenden historischen Rechtsschule als eines verläßigen Prinzipes für eine Darstellung unseres heutigen, positiven Rechts. — Und sodann eine Position: — der Nachweis der Nothwendigkeit, unser positives Recht, anstatt aus der äußeren Autorität einer Geschichte schlechthin, aus einer

heutigen Erfahrung des Rechts, — welche unmittelbar auf der allein endgiltig maßgebenden inneren Autorität der einzelnen heutigen Rechtsquellen des positiven Rechts (Gesetz, Gewohnheit oder Wissenschaft) fußt, — und damit aus einer wissenschaftlich sich Rechnung gebenden „Empirie" des positiven, (geltenden, thatsächlichen oder gegebenen) Rechtes der Gegenwart darzustellen. — — Unser „Thema" somit ist: **Empirie des Rechts der Gegenwart an der Stelle einer Geschichte schlechthin!**

Nur nebenbei sollte, mit diesen Prinzipienfragen in Verbindung, den Einwendungen Ernst Immanuel Bekkers, welcher den schon früher ausgesprochenen dogmatischen Grundanschauungen des Verfassers speciell entgegentretend, die historische Schule neuerdings wieder zu vertheidigen versuchte, mit einer Replik begegnet worden; weil im Wesentlichen eine Bekämpfung der Gründe Bekkers mit einer Bekämpfung der Grundlagen der historischen Schule zusammenfällt. —

Wozu aber alsdann, parallel solch' allgemeinen „Prinzipienstudien", zugleich die Kritik einer so ganz „speciellen Lehre", wie der von der actio neg. und conf.? — — Von sehr hochgeschätzter Seite ist in mir schon vor Veröffentlichung dieser Schrift die Frage angeregt worden, ob denn nicht etwa eine solche Verschmelzung dogmatischer Prinzipien und dogmatischen Details beiden, dem Prinzipe wie dem Detaile, Eintrag thun werde. Und wohl muß umsomehr — nach solcher Anregung — auch ich diese Vorfrage hier sofort dankend[1]) erwägen. —

1) Den Dank für diese schätzenswertheste Anregung möchte ich an die Adresse des Herrn Hofrathes von Jhering gerichtet haben. — Freilich wird hier die sofortige Beantwortung dieser Vorfrage nicht erfolgen können, ohne schon in diese Vorrede einen Theil der Materie hereinzuziehen; somit nicht, ohne damit gegen jene mir wohl bekannte Regel zu verstoßen, wonach das Materielle regelmäßig der Schrift

Die wechselseitige Verbindung nämlich der vorliegenden Prinzipien- und Detailstudien erschien mir eine unwillkürlich zwingende, sowohl einerseits: behufs Ermittelung von richtigen Prinzipien für die Darstellung des positiven Rechts im Allgemeinen (behufs Kritik der Berechtigung der „Schule" unseres Rechts), als anderseits: behufs richtiger Darstellung der concreten einzelnen Lehre von der neg. und conf. —

Denn einerseits: hätte ich jene allgemeinen Prinzipien — jene das Civilrecht bisher beherrschende Schule — lediglich theoretisch widerlegt und die praktische Schädlichkeit ihrer Consequenzen — statt dieselbe zu beweisen — „einfach behauptet", so hätten wohl Wenige meiner geneigten Leser einer solchen blosen „Behauptung" Glauben oder vollends praktischen Werth beigemessen. Mit vollem Grunde hat man mir deßhalb schon gelegentlich der Recension meiner früheren prinzipiellen Studien den Einwand entgegengehalten, ich solle nachweisen, in welchen Fällen das bisher sog. geschichtliche Recht ein anderes sein werde, als das wahre positive. — — Deßhalb sah ich

---

selbst vorzubehalten ist; endlich ebendeßhalb nicht, ohne zugleich wenigstens insoweit Wiederholungen aus dem Inhalte der Abhandlung selbst zu bieten, als dieß zur Gewährung einer Uebersicht über das hier zu Behandelnde nothwendig werden wird. — Dennoch aber erschien es mir hier deßhalb geradezu unvermeidlich, von jener Regel eine vielleicht nur selten zu gestattende Ausnahme zuzulassen, weil eine solche Darlegung der materiellen Sachlage hier der einzige Weg erschien, den Leser in die Motive einzuführen, warum die vorliegende Abhandlung sich gerade so und nicht anders gestalten mußte. Zudem wird es vielleicht auch dem Leser selbst angenehm sein — bei der Unmasse von Litteratur, welche sich heutzutage jeder Fachwissenschaft bemächtigt, und bei dem Umstande, daß vielleicht viele unserer Juristen, namentlich unsere Praktiker, seltener in der Lage sein werden, erst durch eine zeitraubende Lektüre einer ganzen Monographie sich zu belehren, ob ihnen eine Schrift auch sachliche Anziehungspunkte gewährt — sich durch eine Uebersicht auf erleichtertem Wege sofort ein allgemeines Urtheil über die vorliegende Schrift bilden zu können. —

mich genöthigt, behufs der Lösung unserer obigen Prinzipienfrage zugleich auf bestimmten und praktischen Beispielen zu fußen, um an denselben zu zeigen: **hier „hat"** jene bisherige sog. historische Rechtsdarstellung bereits zu einem **falschen** Dogma geführt: weil die nationale Rechtsentwicklung in Deutschland bereits ein anderes Civilrecht an den Tag gefördert hat, und — ähnliche Gefahren einer Mißdeutung unseres positiven Rechts können ebendeßhalb aus demselben leitenden Prinzipe jeden Augenblick in jeder andern schlechthin „historisch" behandelten Lehre des Civilrechts wiederholt mehr oder minder greifbar hervortreten. — Es gibt solche Beispiele. — — Und auf solch' nackten, thatsächlichen Beispielen wird sich alsdann wohl weit eher, denn auf blos theoretischen Schlüssen, der praktische Beweis aufbauen lassen: daß das leitende Prinzip der herrschenden Schule des Rechts kritisch wird durchforscht und in der That die ganze Richtung unserer Civiljurisprudenz eine andere, präcisere, wird werden müssen, als die bisherige. —

Dieß der Grund, warum einerseits eine praktisch erfolgreiche Kritik der im positiven Civilrechte herrschenden allgemeinen „Prinzipien" eine wechselseitige Verbindung von Prinzipien- mit Detailstudien unumgänglich erfordert.

Aber auch das Umgekehrte wird anderseits der Fall sein müssen: — Anderseits auch das „Detail", insbesondere die vorliegende specielle Lehre von der neg. und conf. — (eines jener „Beispiele", in welchen sich der Gegensatz zwischen schlechthin historischem und empirischem positiven Rechte sichtbar verkörpern wird), — kann nie und nimmermehr erschöpft werden, wenn nicht gleichzeitig das Prinzip, diejenige ganze Richtung, kritisch geprüft und gefunden ist, nach welcher auch diese einzelne Lehre positiv darzustellen ist. Und dieß wieder aus dem ganz einfachen Grunde, weil das Detail oder speciell die

vorliegende Lehre jedesmal eine „andere" werden wird, je nachdem man dieselbe nach der Gepflogenheit der bisher herrschenden Schule auf der Basis einer Geschichte schlechthin, oder aber auf derjenigen thatsächlichen Basis darstellt, welche mit der bisherigen concreten Auffassung der geschichtlichen Schule brechend lediglich die empirischen Ergebnisse einer heutigen Geltung dieser Rechtsmittel als positives Recht anerkennt.

Namentlich in dem concreten Beispiele von der actio neg. und conf. nämlich wird sich zeigen, wie in derjenigen „Geschichte", deren Inhalt die historische Schule schlechthin schon als heutiges positives Recht bezeichnet, d. i. in Rom und dessen überliefertem „corpus juris", diese Lehre eine ganz andere war, ja eine andere sein mußte, als die heutige Lehre von der Negatorien- und Confessorienklage. Es wird sich uns zeigen, wie dieselbe actio da geschichtlich in der That nur auf einzelne Fälle beschränkt war, ganz ähnlich, wie noch heutzutage die für diese Rechtsmittel speciell herrschende und gleichfalls historisch begründete Lehre dieselben lediglich auf Eigenthums- beziehungsweise Servitutenklagen zu reduciren versucht. — Dem entgegen aber wird die heutige thatsächliche „Erfahrung" lehren, wie ebendieselben positiven Rechtsmittel, trotz jener entgegenstehenden „historischen Lehre", heute in der thatsächlichen Wirklichkeit ganz anders thatsächlich gegeben oder positiv dastehen, und wie dieselben heutzutage in weit mehr Anwendungen positiv leben, als jene positive actio neg. und conf. der Geschichte Roms. —

In solch' greifbaren, speciellen Beispielen wird sich uns alsdann vor Allem die neue, bisher noch nicht prinzipiell beobachtete und anerkannte Wahrheit als eine klare und unbestreitbare enthüllen: Geschichte schlechthin, (wie solche die historische Schule bisher praktisch verwerthete), und jetzige positive Erfahrung oder positive „Wirklichkeit" zeigen nicht

immer ein und dasselbe Recht als das geltende oder positive. — Weil dieß der Fall, wird sich uns aber alsdann weiter — mit einem Male, nothwendig und sofort praktisch greifbar, für die Darstellung der vorliegenden sowie jeder künftigen Einzeldarstellung — prinzipiell die Frage als eine unausweichbare „Präjudicialfrage" zur vorherigen Lösung aufdrängen: „**welche**" dieser **beiden** verschiedenen positiven Rechtsgestaltungen denn ist nun das wahre Positive: jenes Recht der **Geschichte**, oder dieses Recht einer heutigen positiven **Erfahrung**? und: wie gelangen wir prinzipiell zu dem eigentlich Positiven, auf historischem oder auf empirischem Wege? — — kurz: es wird sich uns auch in solch' speciellen Lehren ganz genau ebendieselbe Principienfrage gebieterisch zur präjudiciellen Lösung aufdrängen, welche die gegenwärtige Abhandlung aus dem gleichen Motive mit der vorliegenden Detailfrage wechselseitig verbinden zu müssen glaubte.

Und nebenbei bemerkt, nicht etwa blos dieses einzelne Beispiel von der neg. und conf. ist es, welche solche Contraste zwischen einer derartig geschichtlichen und erfahrungsgemäßen (empirischen) Darstellung unseres positiven und nationalen Civilrechts bieten wird. Dieses eine Beispiel vielmehr wählte ich, nicht weil es das einzige ist, und nicht, weil sich nicht auch noch andere sogar praktisch folgenreichere für den gleichen Zweck im ganzen Rechtssysteme zerstreut finden ließen. Zum Beweise des Gegentheils habe ich sogar, wenn auch nur skizzenhaft, in einem Anhange weitere Beispiele aus den gewichtigsten Materien unseres Civilrechtes beigefügt, in welchen das empirische, heute positive Recht in Folge einer sog. geschichtlichen Darstellung ganz ähnlich mißkannt ist, wie bei der neg. und conf.; z. B. das Recht des Besitzes, der Persönlichkeit; die Injurien- und Paternitätsklage; einzelne Rechtssätze der Schmerzengeldklage u. s. w. — Kurz einzig und allein deßhalb wählte ich dieses

eine Beispiel, weil es mir als das bequemste Beispiel erschien, um den Leser in den heutigen Gegensatz von Wissen und Leben im Rechte einzuführen; weil sich in ihm am leichtesten und mit dem geringsten Apparate von Mitteln nicht nur jener Gegensatz zwischen schlechthin geschichtlichem und empirischen Rechte sichtbar darstellen, sondern sich hier überdieß selbst der „geschichtliche" Grund ermitteln und aufklären lassen wird, warum das geschichtliche Recht der „actio" neg. und conf. ein anderes sein mußte, als das heutige (empirisch) positive; — und — selbstverständlich mußte ich überhaupt ein einzelnes Beispiel auswählen, weil ohne Zweifel eine erschöpfendere Ausführung mehrerer Beispiele den Raum einer einzelnen Abhandlung überschritten hätte. —

Auf diese Weise somit glaube ich klar gestellt zu haben, warum im Allgemeinen sowohl die Ermittelung eines wahren Prinzipes, als die Ermittlung eines wahren Details im positiven Rechte ganz gleichmäßig eine wechselseitige Verbindung und Durchdringung der „principiellen" und „concreten" Studien bedarf, welche beide sich wechselseitig gleichsam illustriren und beweisen; und warum demzufolge auch mit der Darstellung der concreten Lehre von der neg. und conf. — deren allgemeine Grundsätze gleichfalls mit den dogmatischen Prinzipien der Darstellung unseres gesammten Civilrechts (mit den Prinzipien einer Rechtsschule) identisch sind — gleichzeitig die Berechtigung der bisher herrschenden Rechtsschule zu prüfen war, soferne die Darstellung eine erschöpfende sein sollte. —

Damit glaube ich aber zugleich noch einer andern höchst dankenswerthen Anregung [2]) entgegenzukommen und gleichzeitig

2) Diese Gründe möchte ich speciell Herrn Prof. Dr. Windscheid in Heidelberg unter besten Dank für einen gütigen Meinungsaustausch darlegen.

nunmehr den Beweis liefern zu können, daß allerdings sowohl das „Objekt" des „empirischen" Rechts im Prinzipe ein anderes sein kann und wird, als das Objekt eines historischen Rechts im Sinne unserer historischen Schule, als auch, daß beide Objekte sich im Detaile vielfach scharf und greifbar von einander abheben werden.

Das „Objekt" der concreten Lehre von der neg. und conf. z. B. ist nach der Darstellung der historischen Richtung eine Eigenthums- und Servitutenklage; nach empirischer Forschung (d. i. nach positiver Wirklichkeit und Erfahrung) dagegen eine jede Klage mit Ausnahme allenfalls einiger Klagen aus dem Obligationenrechte. — — Wie im Einzelnen, ganz ebenso im größeren Ganzen des Rechts. In ganz gleicher Weise ist auch im großen Ganzen das allein entscheidende „Objekt" des Rechts für den Blick der „positiven" Erfahrung ein zeitlich präcise begrenztes Gebiet, welches die bisherige schlechthin historische Forschung bei der Darstellung ihres vermeintlichen positiven Rechts nicht einmal nothwendig betrat: das Gebiet des positiven Rechtslebens der jüngsten Gegenwart. — Ohne Zweifel war die historische Schule in ihren Resultaten regelmäßig schon zufrieden damit, einen Theil der Geschichte als positives Recht darzustellen, welcher principiell nicht der entscheidende ist: etwa das geschichtlich überlieferte römische Recht oder das corpus juris; denjenigen Theil der Geschichte aber, welcher für eine „Positivität", für eine wirkliche „Geltung", der allein entscheidende ist: die gegenwärtige positive (thatsächliche) Geltung irgend eines heutigen Rechtsinstitutes — ein Gebiet, welches zwar nicht die heutige Praxis an und für sich allein, sondern vielmehr eine präcisere Erforschung des heutigen Produktes einer „jeden" einzelnen „Rechtsquelle" des positiven Rechts (an der Stelle einer schlechthin geschichtlichen Forschung) erschöpfend zeigen wird,

aber eine Erforschung, welche um das Wirken einer jeden dieser einzelnen „Rechtsquellen" in einem einzelnen Institute hinreichend beobachten zu können, allerdings wieder auf ein vorzugsweises Studium und eine Kritik der lebenden Praxis angewiesen sein wird, — — dieses entscheidende Gebiet somit hielt unsere histor. Schule bei der Darstellung ihres Positiven oft kaum der Beachtung werth! —

Wohl wird man mir sofort einwenden: wie soll das „Objekt" einer empirischen Erforschung und Darstellung unseres heutigen positiven Rechts ein anderes und präciseres sein können, als das Objekt einer geschichtlichen Schule, da ich doch selbst bereitwillig zugebe, daß die Empirie selbst nur ein Theil der Geschichte, also selbst eine Geschichte ist. — Dem ist zu entgegnen. Allerdings ist eine Empirie oder Erfahrungswissenschaft nur ein Theil des geschichtlichen Wissens im weitesten Sinne. Denn die Empirie des Positiven ist nur die Erfahrung der jetzigen Geltung des Rechts, Geschichte im Allgemeinen dagegen die Erfahrung des Rechtes aller Zeiten in einer unbeschränkten, unpräcisirten Reihenfolge, somit eine Erfahrung der jetzigen Geltung und überdieß eine Erfahrung der Vergangenheit des Rechts. Insoferne steckt in der Geschichte allerdings auch schon die Empirie oder: sowohl die unbestimmt historische als die empirische Forschung. — Allein trotzdem ergibt sich bei näherer Betrachtung allerdings ein Unterschied zwischen beiden. Denn: die ganze unpräcisirte Geschichte enthält zwar stets auch die Empirie des Rechtes der Gegenwart in sich; aber „nicht" umgekehrt: diese Empirie ist nicht stets gleich der unpräcisirten Geschichte, und demjenigen, welcher eine solch' unpräcisirte Geschichte unseres pos. Rechts darstellt, bietet sich deßhalb noch lange keine Garantie, daß er damit präcise gerade das jetzt wirklich und allein Geltende oder (empirisch) Positive trifft; weil zwar das Ganze

stets auch alle Theile enthalten kann, nicht aber umgekehrt der allein als positiv darzustellende Theil gleich dem Ganzen ist; weil die ganze Summe 4 z. B. zwar stets zugleich deren allein maßgebende Theilzahl 1 in sich enthält, diese maßgebende Theilzahl 1 aber nicht umgekehrt auch gleich allen Zahlen der Summe 4 ist; weil eine Geschichte des Rechts schlechthin z. B. unzweifelhaft sowohl das positive Recht Roms, als das positive Recht der jüngsten Gegenwart umschließt, daraus aber nicht umgekehrt gefolgert werden darf, daß das allein entscheidende erfahrungsgemäße positive Recht der jetzigen Gegenwart principiell identisch sein darf mit jener Rechtsdarstellung, welche das positive Recht Roms wiedergiebt. —

Aus einem doppelten Grunde vielmehr wird das Recht der „Geschichte" als Bezeichnung für das richtige „Objekt" unseres heutigen positiven Rechts zu vermeiden sein: — einmal, weil Geschichte in einem engeren alltäglichen Wortverstande und nahezu vorwiegend nicht einmal die ganze Geschichte (mit Vergangenheit und Gegenwart), sondern vielmehr das „Geschehene" oder Vergangene, also gerade den Gegensatz des jetzt positiv Geschehenden oder derjenigen Zeitperiode der Geschichte zum Gegenstand hat, welche allein das wahre Objekt des Positiven oder Geltenden zeigt; weil das Wort Geschichte somit leicht zu Mißdeutungen des positiven Rechts führen kann; — und zweitens, weil es auch in keinem Falle wahr ist, daß die „ganze Geschichte" (diese ganze Summe des Rechts), das wahre Objekt unseres Positiven zeigen kann; denn ein positives Recht waren in Deutschland im Verlaufe seiner ganzen Geschichte bald die leges barbarorum, bald Weisthümer, bald die Sachsen- und Schwabenspiegel, bald römisches, bald Reichsgesetze, bald partikulares deutsches Recht. — — Von all' diesen früheren geschichtlichen und positiven Gestaltungen werden unzweifelhaft namhafte Theile und Keime im heutigen positiven

Rechte noch enthalten sein; sie alle zusammen, diese ganze Geschichte oder diese geschichtlichen Keime und Theile unseres Rechts aber können nimmermehr positives Recht sein, sondern allein ein präciserer Theil, allein dasjenige „Objekt", welches an einem bestimmten Orte eine heutige, (nach juristischen Grundsätzen kritisch sichtende), thatsächliche Erfahrung oder Wirklichkeit als das thatsächlich Geltende zeigt. Also diese organische Jetztgestaltung, (vielleicht hie und da eine organische Specifikation des früheren Rechts), ist als unser positives Recht zu erforschen; es genügt nicht die Geschichte schlechthin. Nicht die Ueberzeugung unseres Volkes in seiner ganzen Geschichte (oder, nach Savigny, die Ueberzeugung der wissenschaftlichen Träger dieses Rechts, der Jurisprudenz, in der ganzen Geschichte mit Vergangenheit und Gegenwart), sondern präciser, einzig und allein das nach thatsächlicher Ueberzeugung oder Erfahrung (Empirie) des Volkes oder der Juristen der Gegenwart jetzt thatsächlich Geltende, ist pos. Recht, und der Unterschied zwischen dem „Objekte" einer geschichtlichen und einer empirischen Rechtsanschauung wird in dem Momente sichtbar hervortreten, wo das pos. Recht der Geschichte mit dem Positiven der Gegenwart in eine nicht seltene Collision tritt.

Nimmermehr soll es deßhalb unserer Jurisprudenz verwehrt sein, die Geschichte unseres und eines jeden Rechtes zu cultiviren; dieses Studium wird in aller Zukunft ein allerdings unentbehrliches sein; ja eine wissenschaftliche Empirie des heutigen pos. Rechts wird diese Geschichte des Rechts sogar vielleicht noch tiefer und lebensvoller erfassen müssen, als jene bisherige Richtung, welche in einer unpräcisirten Geschichte schon das Objekt eines heutigen positiven Rechts erschöpft wähnte, und sich der Täuschung hingab, als ob ihr aus dieser Geschichte schon ein pos. Recht als eine reife, ausgebildete, ein für allemal gegebene, Frucht fertig in den Schoß fallen werde; denn

eine wissenschaftliche Empirie wird gegenüber dem stets wachsenden, — sich fortbildenden und sich „ändernden,“ — Organismus des Rechts zugleich verstehen müssen, auch die „Fortdauer“ der positiven Berechtigung des geschichtlichen Rechts auf dem eignen geschichtlichen Wege der historischen Schule kritisch zu prüfen, und so auch noch auf einem zweiten, indirekten Wege — mittelst einer sogenannten historischen Kritik neben der direkten Anschauung oder Empirie des heute Positiven — das wahre Positive zu ermitteln. — — Aber darüber muß sich unsere historisch geschulte Jurisprudenz überhaupt endlich einmal klar werden: jede Geschichte als solche und schlechthin ist heutzutage noch keineswegs unbedingt positives Recht oder das wahre „Objekt“ des positiven Rechts, sondern der Grund der Positivität oder „Geltung“ liegt, statt in dieser Geschichte schlechthin, vielmehr stets und einzig in einem „Gelten“ innerhalb unserer Gegenwart, und eine Erfahrungswissenschaft allein hat deßhalb künftighin sowohl im heutigen positiven Rechte als in der heutigen lex ferenda endgültig Maß zu geben.

Denn wenn auch im heutigen „positiven“ Rechte die Betrachtung dieses Recht ergeben wird, daß das Meiste noch jetzt Positive aus der Vergangenheit überliefert ist, so werden wir uns doch klar vor Augen stellen müssen: positives oder „geltendes“ Recht sind alle diese Rechtsbestandtheile — das corpus juris ganz ebenso wie das modernste deutsche Handelsrecht u. s. w. — doch nur deßhalb, weil und soweit sie jetzt in der Gegenwart noch gelten, nicht, weil sich dieselben in einer Geschichte schlechthin vorfinden.

Ebensowenig ist die Geschichte für unsere „Gesetzgebung“ das endgültig Maßgebende. Denn wenn auch jedes neue Civilgesetzbuch sicher bei weitem die meisten Bestandtheile aus der Geschichte im engeren Sinne herübernehmen wird, ja von

dem bisher Gegebenen und Erprobten gewiß niemals ohne Grund abweichen soll, so ist doch — erstens: äußerlich und formell nicht der Umstand, daß dieselben Rechtsbestandtheile in der früheren Geschichte Gesetz waren, der äußere Grund, warum dieselben jetzt wieder Gesetz werden, sondern einzig der Umstand, daß der Gesetzgeber der Gegenwart sie jetzt als Gesetz einführt, und — zweitens ist auch: materiell ebendasselbe Bestehen in der Geschichte keinesfalls an sich schon das, was solchen Rechtsbestandtheilen inneren oder materiellen legislativen Werth verleiht, sondern: einzig das für die Gegenwart Werthvolle hat heutzutage innere legislative Berechtigung. — —

Wenn es aber auf diese Weise wahr ist, daß das jetzt leitende Prinzip im Rechte für unsere Rechtsentfaltung nicht mehr ausreicht, so glaube ich, die vorliegenden, von Detailstudien durchwebten und so zugleich praktisch bewiesenen Prinzipienstudien dem Leser zur freundlichen Aufnahme bieten zu dürfen; deßhalb: weil die letzteren als die höchsten und folgenreichsten der ganzen Jurisprudenz erscheinen werden, nachdem ebendieselben die Wahrheit und „Brauchbarkeit" des in Deutschland darzustellenden Rechtsgebäudes im Rechtsleben schon bisher entschieden haben und fernerhin entscheiden werden, und weil ebendieselben Prinzipien auch aus dem weiteren Grunde einer ernsteren Beachtung wohl werth sein werden, weil sich auf diesem Wege — in den vorliegenden Beispielen, wie im Allgemeinen — ergeben wird, daß schon jetzt in Deutschland ein heimisches, nationales Civilrecht positiv besteht, welches keineswegs schlechthin identisch ist mit unserem geschichtlichen und fremden.

Insbesondere jetzt wieder steht deßhalb der Herbeiführung besserer Rechtszustände im Civilrechte — welche, wollen wir dieß im Interesse einer künftigen, klar-verständigen Rechtswissen-

schaft erhoffen! namentlich durch legislative Reform unser neu-erstandenes Reich zu fördern berufen und im Begriffe ist, — die bisherige, herrschende, historische Richtung unserer Theorie, und zwar wieder auf jedem Gebiete, dem positiven wie dem legislativen, entweder hemmend oder doch mindest in einer theilnahmslosen Passivität gegenüber.

Einer eingehenden und vorurtheilsfreien Beobachtung unserer bisherigen „positiven" Rechtsdarstellung vor allem wird es nicht entgehen, wie die bisher herrschende Schule innerhalb unserer Theorie zwar die anerkennungswerthesten und nahezu unereichbare Verdienste um die Darstellung unseres Dogma's sich erworben hat, insoweit die heutigen Rechtszustände noch dieselben sind, wie die geschichtlich überlieferten; daß eben diese Schule aber da, wo das Recht mit seinem selbstständigen, sich entfaltenden, Leben sich fortgebildet und „verändert" hat, nicht selten die nationale Rechtskunde nicht zur Geltung zu bringen vermochte oder dieselbe vollends gehemmt hat. Denn das positive Dogma unseres heutigen Civilrechts ist im Allgemeinen zwar zur Zeit rechtsgeschichtlich und sicher tief wissenschaftlich durchforscht, aber noch keineswegs wissenschaftlich und lebenswahr zugleich dargestellt. Noch trennt unsere theoretische Darstellung und das Leben oder die Praxis vielfältig eine tiefe Kluft, und die herrschende Darstellung ist häufig nicht bis zu dem positiven Rechte unserer Nation durchgedrungen, weil sie nicht selten mitten in der von ihr als maßgebend und positiv gewähnten Geschichte, — welch' letztere auch blose „Rechtsgeschichte", nicht positives Recht, sein kann, — stehen geblieben ist.

Nicht minder wird sich derselben objektiven Prüfung ferner zeigen, wie die histor. Schule auf dem „legislativen" Gebiete die gegebenen heimischen Verhältnisse in Deutschland dadurch in der That großartig mißkannte, daß dieselbe den „Be-

ruf unserer Zeit" zu Gesetzgebung leugnete; indem dieselbe irrthümlich folgert: das positive Recht ist ein thatsächlich gegebenes, nicht willkürlich geschaffenes: deßhalb bedarf dasselbe keines Schaffens und keiner Veränderung durch eine Gesetzgebung! — Hierin namentlich lag wohl der tiefste Trugschluß dieser Schule, und das, wodurch die histor. Schule in Folge der Störung wohlthätiger Gesetzgebungen in der That geradezu schadenbringend wirkte: die Schule vergaß dabei ihren eigenen Satz: das Recht ist ein Leben oder eine besondere Seite des Lebens; — denn das pos. Recht ist zwar in dem Momente seines jeweiligen Erscheinens, wie jedes andere organische Leben, (der Mensch, der Staat u. s. w.), ein thatsächlich gegebenes, nicht ein willkürlich von Menschengeist zu Schaffendes und insolange ein Unveränderliches; daraus folgt aber doch nicht, daß dieses momentan gegebene Recht nicht auch, wie jedes andere gegebene Leben, doch wenigst im Verlaufe der Zeiten ein veränderliches, daß es nicht eine lebenserzeugende Kraft, ein Wachsthum, eine Jugend, ein Alter, kurz eine unwillkürlich vor sich gehende wirkliche „Veränderung" **in sich selbst** birgt; aus der Unwillkürlichkeit des Rechts also folgt noch keineswegs zugleich eine Unveränderlichkeit desselben! aus ihr folgt ferner keineswegs, wie die histor. Schule gefolgert hat, daß dasjenige Recht, welches für frühere Verhältnisse durch eine Gesetzgebung eingeführt und so bleibend fixirt ist, für alle Zeiten dem thatsächlichen Leben des Rechtes, auch den entwickelteren Lebens- und Rechtsverhältnissen, — der Jugend wie dem Alter des Rechts, — entsprechen werde, und daß es nicht, gerade entgegen der histor. Anschauung, einer wiederholten Gesetzgebung erst recht bedarf, um nur dieses unser jetziges Recht von der, früheren Zuständen angepaßten, Rechtsdarstellung (Gesetzgebung) wieder zu entfesseln und eine, dem jetzigen veränderten Leben wieder entsprechendere, Rechtsdarstellung herbeiführen zu

können. — Ja während die histor. Schule aus der Unwillkürlichkeit des Rechts die Unzulässigkeit einer Gesetzgebung folgert, bedürfte es, nüchtern und praktisch angesehen, — weil bei uns schon ältere hemmende und „willkürliche" Gesetzgebungen vorhanden sind — gerade umgekehrt in der That einer Gesetzgebung, damit nur unser positives Recht von diesen Hemmnissen wieder befreit und nur vorerst das unwillkürlich gegebene wieder werde, für welches dasselbe die historische Schule halten zu dürfen glaubt.

Und — wäre es nur diese eine Stabilität veralteter Darstellungen unseres positiven Rechts allein gewesen, welche die histor. Schule in unserem Vaterlande begünstigt hätte! Dazu kommt, daß in Folge des Leugnens unseres Berufs zur Gesetzgebung in Deutschland speciell, — abgesehen von jener Stabilität, — auch noch eine schädliche ja sinnlose Zerissenheit unseres ganzen Rechts- und Verkehrslebens als ein vermeintlich „sachlich" nothwendiger Zustand gehegt und geradezu gefeiert wurde! Einzelstaaten, wie z. B. Bayern allein, haben, statt eines, mehr als 40 verschiedene, theilweise höchst umfangreiche Gesetzbücher für das eine Civilrecht in Anwendung; und auch diese sinnesbare Zerrissenheit des Rechts glaubt die historische Richtung sachlich gerechtfertigt, unwillkürlich gegeben und dem Volke mit ihren mehr als 40fachen Variationen in Fleisch und Blut übergegangen[3])!!

Wahr ist, daß einzelne wenige Verhältnisse in Deutschland existiren, für welche nicht überall gleiche Institutionen sofort einheitlich bindend erklärt werden können; wie: die Güterverhältnisse der Ehegatten u. s. w. Selbst diese aber hindern eine einheit-

3) Statt noch weiterer Ausführungen nach dieser Seite verweise ich auf die frühere Schilderung unserer Partikularrechtszustände in meiner Schrift: das praktische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der histor. Schule, Erlangen 1865 S. 63 ff.

liche Codifikation des Civilrechts keinesfalls, sondern erfordern lediglich für die Zukunft die gesetzliche Feststellung einer einheitlichen dispositiven Regel, von welcher es den Einzelnen überlassen bleibt, mittels Vertrages eine Ausnahme herbeizuführen. Aber auch darin hat ja die geschichtliche Alterthümelei bei weitem übertrieben; denn an Orten mit verschiedenen Güterrechten „wissen" die Bewohner erfahrungsgemäß regelmäßig überhaupt nicht einmal, nach welchem Güterrechte sie leben; wie sollte da eine segensreiche Ausgleichung, zudem eine solche für kommende Generationen, eine Rechtsstörung herbeiführen! — Abgesehen von solch' wenigen Ausnahmsfällen, in welchen nicht sofort eine Rechtseinheit möglich, sondern dieselbe erst für die Zukunft anzubahnen ist, stehen aber die verschiedenen deutschen Volksstämme, um erst neuerdings geschriebene generelle Worte eines geachteten Praktikers (Oppenhof) zu wiederholen, sich in ihrer Nationalität, ihren Anschauungen und Sitten und in der Bildungsstufe, welche sie einnehmen, so nahe, daß es an jeder Veranlassung fehlt, örtlichen und zeitlichen Verschiedenheiten Rechnung zu tragen.

Jede unserer Partikulargesetzgebungen ebendeßhalb ist zwar wirklich berechtigt, insoweit dieselbe das für manche unserer Verhältnisse unpassende römische und ältere Recht durch germanische und moderne Anschauungen ersetzt hat. — Keines dieser Partikularrechte aber ist berechtigt, insoweit dieselben unter sich, jedes von dem andern, abweichen: Diese gegenseitigen „Abweichungen" der Partikularrechte vielmehr sind es, welche den, in ganz Deutschland gleichen und einheitlichen, Rechtsgedanken unzählige Male wieder und immer wieder verschieden, jedesmal mit grundlosen Verschiedenheiten gegenüber einer relativ besten Darstellung, wiedergeben. — Diese willkürlichen Verschiedenheiten sind so weit davon entfernt, in das „Fleisch und Blut" des Volkes überzugehen, daß ganz im

Gegentheile der eine Nachbar verschiedener Partikularrechtsgebiete, (welche oft in demselben Orte nach Hausnummern, ja in ein und demselben Hause mit ihren Grenzen zusammenstoßen!) es stets viel mehr als einen Ausfluß einer parteiischen, ungerechten Rechtspflege, denn als Folge eines verschiedenen Rechts auffassen wird, wenn derselbe beiden Partikularrechtsgebieten übergeordnete Richter einen und denselben Rechtsanspruch dem einen Nachbarn zuspricht, welchen derselbe soeben dem andern Nachbar versagt hat. — Solche willkürliche Rechtsverschiedenheiten werden das Rechtsgefühl somit weit eher demoralisiren, als ein angebornes Rechtsgefühl befriedigen! — Geradezu als ein Mangel jeder Lebenserfahrung muß deßhalb die Anschauung der historischen Schule gekennzeichnet werden, daß solche kleinliche Rechtsverschiedenheiten in Deutschland allein durch ein inneres Bedürfniß geboten sein sollten, — während dieselben bei ganz ähnlichen Verhältnissen in Frankreich, Oestreich u. s. w. in wohlthuendster Weise durch ein einheitliches Gesetzbuch längst beseitigt sind! —

Und war es denn in der That ein wirkliches Bedürfniß, welches — (nicht die Partikulargesetzgebungen an sich, wohl aber) — diese kleinlichen „Abweichungen" der verschiedenen Partikularrechte unter sich geschaffen hat? — Nimmermehr! — — Nicht inneres Bedürfniß, sondern in der Wahrheit nichts, als der Partikularismus und die Eitelkeit und Souveränitätsspielerei unzählicher kleiner, reichsunmittelbarer Territorialherrn in Deutschland war es, welche solche Verschiedenheiten brachte; denn eben da wollte jeder Territorialherr seine Selbstständigkeit und den Glanz seiner Landeshoheit durch ein besonderes, von allen übrigen abweichendes, Gesetzbuch ausgeprägt und seinen „Namen" als „Gesetzgeber" besonders verherrlicht sehen. — Wollte man einen historischen Vergleich bieten, so war jene Gesetzgeberei etwa ähnlich einer Justizausübung jenes

Nürnberger Patriciers, welcher absonderlicher Weise in seinen reichsunmittelbaren Besitzungen einen Juden, den Dieb einer „Henne", unter Einladung an alle verwandte Geschlechter und unter Schaugepränge zur Richtstätte führen läßt, — um den Glanz kund zu thun, welcher seinem Hause durch das Recht des Blutbannes verliehen war! — Aehnlich, wie dort auf Kosten eines Menschenopfers, wollte hier der Territorialherr auf Kosten der Einheit eines größeren zusammengehörigen Ganzen, des Rechtsverkehrs und der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts, seine besondere Justizhoheit bethätigen! — Nicht entfernt also dachte die Gesetzgebungsspielerei jener kleinen Gebiete lediglich daran, der Sache zu dienen; sonst hätten sie ihr Recht nicht mit unbeholfenen Abweichungen, sondern nach einem erprobteren Muster, und damit einheitlicher gestaltet! — — Ebendeßhalb bedarf es jetzt im Interesse der Sache einer Aenderung, welche nicht erreicht werden kann, ohne eben jener „Gesetzgebung", deren Berechtigung die historische Schule bisher geleugnet und, ohne dieser Richtung entgegenzutreten, welche dieselbe Berechtigung aus, der Wahrheit nicht gemäßen, Gründen bisher bestritten. —

Deßhalb glaube ich, auf jedem, dem positiven wie dem legislativen, Gebiete die Bekämpfung der bisherigen, schlechthin geschichtlichen, Richtung als ein Verdienst und eine gebieterische Nothwendigkeit bezeichnen und dieß Thema im Verlaufe der Abhandlung selbst weiter ausführen zu sollen. Deßhalb sei die Frage, wie denn eigentlich in Deutschland das wahre positive und legislative Recht von der Theorie zu erstreben ist, das Thema, welches im Interesse unseres Rechtslebens an der Hand der Erfahrung und der praktischen Probe immer wieder und wieder unserem Volke zur objektiven Selbstprüfung vorzulegen ist, bis das zähe Festhalten am Altverrotteten und dem bei uns nicht begründeten Fremden durch eine Erkenntniß der

Mängel unserer bisherigen Rechtszustände allmälig gelockert und eine Rechtskunde angebahnt ist, welche dem thatsächlichen, lebenden, nationalen Rechte der Gegenwart mehr und mehr näher kommt.

Bietet es nicht einen eigenthümlichen Zug unserer heimischen Rechtsentfaltung — ja ich möchte fragen: bietet es denn nicht einen fast wehmüthigen Eindruck des langsamen Durchsickerns einer einfachen Wahrheit durch unsere allgemeine menschliche Erkenntniß, — wenn wir mitansehen, wie die historische Schule schon bisher täglich mehr und mehr durch die That widerlegt wird, ohne trotzdem an ihrer Alleinherrschaft innerhalb der Theorie bisher irgendwie zu verlieren? — Trotz jenes Leugnens unseres Berufes zur Gesetzgebung durch unsere herrschende Theorie und trotz deren Lehre, daß unser Recht ein „historisch" gegebenes und durch sein geschichtliches Bestehen in Fleisch und Blut übergegangenes sei, welches ebendeßhalb keine gesetzgeberische Veränderung erdulde, werden im Gegentheil schon jetzt täglich theils, durch unbeholfene Gesetzgebungen gewaltsam fixirte, theils unwahre und unberechtigte Ueberlieferungen mittels heilsamer moderner Gesetzgebungen mehr und mehr entfernt; hat, nachdem schon früher ein allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch geschaffen worden, das neue Reich seit seinem kurzen Bestehen — gewiß mit enormen Vorzügen vor dem früheren, historisch überlieferten römischen und gemeinen, Strafrechte — ein einheitliches deutsches Strafgesetzbuch bereits verwirklicht; eine Civilprozeß- und Strafprozeßgesetzgebung wird demselben folgen, und hoffentlich auch einmal ein einheitliches deutsches Civilgesetzbuch: — ja die höchste Rechtsschöpfung dieses Reichs, dessen staatsrechtliche „Verfassung" selbst ist nicht nach „historischen" Anschauungen gelöst, sondern nach völlig modernen und darum um nichts weniger anerkannten und geltenden — somit nach

einem völlig neuen und empirischen — Rechte: denn Niemanden in unserem Vaterlande ist wohl unbekannt und die Tagesereignisse haben es bereits zur Genüge betont: unser nunmehriger deutscher Kaiser ist nicht der nach dem „historischen" Rechte wieder aufgerichtete Kaiser des heiligen römischen Reiches deutscher Nation, sondern der „deutsche Kaiser". Seine Rechtsbasis ist also eine andere, als die historische schlechthin, und gewiß zweifelt Niemand daran, daß dieser Kaiser positiv und von Rechtswegen besteht. — Aehnlich ist dem modernen Staate überhaupt die historische Schule häufig der Rechtsboden entrückt; denn jener widerstreitet häufig der „Geschichte" schlechthin!

Man wende deßhalb nicht, wie geschehen, ein: eine Empirie des lebenden Rechts der Gegenwart werde in ihren Anschauungen etwa zu aprioristischen oder nivellirenden Prinzipien führen und das Recht so von seiner Geschichte loslösen wollen! — Sicher — um mich eines Vergleiches aus politischen Gebieten zu bedienen — besteht in unserem Staatsrechte z. B. noch immerhin eine richtige Mitte: einerseits zwischen dem Rechte abstrakter, utopischer Philosophien oder zwischen der nivellirenden Rechtserfassung einer französischen Revolution, insoweit letztere mit dem Unberechtigten auch zum Theil Berechtigtes und Brauchbares ausrottete, und: anderseits zwischen der extremeren historischen Staats-Rechtsanschauung eines Savigny und Stahl oder vollends zwischen einer feudalen Auffassung des heutigen Staates; sicher ist zwischen diesen beiden Extremen eine Richtung denkbar, welche sich auf positivem wie legislativem Boden auf die thatsächliche Erfahrung und die volle Ueberzeugung von „einem „Rechte" der Gegenwart" (trotz und neben einer Kenntniß eines allenfalls abweichenden Rechts der „Geschichte") stützt und in Confliktsfällen beider dem Rechte der Gegenwart sogar, unbeengt und unbeirrt

durch das entgegenstehende Recht einer solchen Geschichte, eine selbstständige Berechtigung und eine Anerkennung zugesteht; eine Richtung, welche keineswegs gleichzeitig das Recht aprioristisch oder nivellirend von seinen thatsächlichen oder positiven Boden loszureißen gedenkt, sondern im Gegentheil erst eigentlich thatsächlich und positiv sich zu nennen befugt sein wird; eine Rechtsanschauung, welche sich uns Deutschen seinerzeit innerhalb des Staatsrechtes vielleicht am sichtlichsten bereits in dem thatsächlichen Wirken eines Reichsfreiherrn von Stein und Anderer bis auf die jüngsten Tage verkörpert hat. — —

Nicht blos im Civilrechte also, sondern auf jedem Rechtsgebiete, bestand längst ein Bedürfniß, an der Stelle einer extremen historischen eine bessere und dennoch eine thatsächliche oder positive Grundlage des Rechts zu erkennen, und außer dem Einzelnen somit hat der heutige Rechtsstaat und unsere ganze Nation überhaupt ein Interesse daran, daß, gegenüber einer Geschichte schlechthin, diejenige wirkliche Rechtsbasis, auf welcher sich heutzutage eine wahre Rechtsordnung aufbaut, und aus welcher sich der Puls unseres heutigen Rechtslebens fortwährend füllt, ihre unmittelbare Anerkennung finde: ein Interesse, daß nicht, nach der Gepflogenheit der historischen Schule, regelmäßig nur das, durch eine Geschichte, sondern auch das, entgegen einer unbestimmten Geschichte entstandene und lebende, Recht als bestehendes, positives erkannt werde. Wie schon bemerkt, haben insbesondere eben wir Deutsche ein Interesse daran, uns zum Bewußtsein zu bringen, warum unser heutiges deutsches Reich, welches nicht ein Reich der Geschichte, wie dessen Herrscher nicht der historische Kaiser ist, — obgleich dieses „gegebene" Kaiserthum mit dem geschichtlichen brach, und obgleich der Gedanke dieses Reichs nicht der ursprüngliche geschichtliche ist, — dennoch auf positivem Boden steht und nimmermehr etwa als ein Produkt unserer Philosophien oder nivel-

lirender Prinzipien sich darstellt. — — Umsomehr also muß das Gleiche, wie im Staatsrechte, endlich auch in unserem Civilrechte zur Anerkennung gelangen; und ebendeßhalb ziemt es auch demjenigen, welcher nicht abstrakt philosophischen oder nivellirenden Prinzipien zu huldigen gedenkt, noch lange nicht, unkritisch an einem Rechte der Geschichte schlechthin im Sinne der histor. Schule zu haften.

Man träume ferner nicht, von unserem gegebenen Standpunkte und unseren Bedürfnissen ausgehend, die Reform des heimischen Civilrechts verschieben zu können, bis wir etwa ein ideales, absolutes oder internationales, Recht zu schaffen im Stande sind. Ein absolutes Recht existirt in unserer wirklichen Welt überhaupt nicht. Jedes Volk bemesse deßhalb sein Recht wahr und schlicht nach seinem eignen Bedarfe und vollende seine Aufgabe nach seinem besten Wissen je nach seiner Tüchtigkeit; alsdann wird das, was das bestimmte Volk wirklich Wahres und Tüchtiges geschaffen, durch seine innere Lebenswahrheiten sich von selbst zu einen internationalen gestalten, insoweit auch andere Nationen gleiche Grundlagen des Rechts besitzen. — Einem nationalen Civilrechte sei daher unser nächstes Streben zugewendet. —

Noch zu einem letzten, ganz allgemeinen, Einwande. — Die Klarstellung der hier angeregten dogmatischen Prinzipienfragen möchte ich — für meinen Theil wenigstens — für sich allein gewiß für vollberechtigt erachten. Ebenso berechtigt mindestens, wie die Klarstellung einer einzelnen dogmatischen Controverse über eine minitiöse Rechtspartikel, welche sich in irgend einer dogmatischen Zeitschrift findet. — Denn wenn eine Controverse in kleinlichen dogmatischen Fragen berechtigt ist, warum sollte sie dieß nicht sein in den weittragendsten Grundfragen, welche das ganze civilistische Dogma leiten und dessen Richtigkeit bedingen. — Für denjenigen unserer Leser indessen, welcher nichts-

destoweniger solch' allgemeinen Prinzipienfragen nicht nachzugehen gesonnen sein sollte, glaube ich wenigstens die specielle Negatorien- und Confessorienklage einer ausreichenden Kritik unterzogen und durch deren Erforschung wenigstens zur wissenschaftlichen Reform dieser einzelnen Lehre hingeleitet zu haben. — In der Abhandlung habe ich ebendeßhalb eine derartige Eintheilung des Stoffes getroffen, daß derjenige, welcher nur Specielles will, das Allgemeine lediglich zu überschlagen braucht. —

Damit glaube ich aber schließlich auch den wohlmeinenden, persönlichen Rath gewissenhaft erwogen zu haben, welchen mir früher schon Stintzing ertheilte (krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege, München Bd. II, 1860 S. 597 u. 590), und auf welchen mich späterhin, gelegentlich der Begründung meiner empirischen Grundanschauungen, vielleicht in einem anderen Sinne, der „Historiker" Bekker (in derselben, später von ihm und Pözl redigirten krit. Zeitschrift Bd. VII 1865, S. 464) verweist: daß ich mein Talent, statt mich in allgemeinen Erörterungen zu ergehen, dem historischen Concreten zuwenden solle.

Aber — können wir denn heutzutage allgemeiner Erörterungen entrathen, da, wo wahre Grundprinzipien fehlen, und doch eine concrete Lehre verlässig und wahr darstellen? Wie können wir aufbauen ohne Grundlage, wie Consequenzen ziehen ohne Prinzipien? Denn fürwahr, müßte ich auf der bisher üblichen Basis aufbauen, so wäre ich der erste, welcher mein eignes, noch so sorgsam gefügtes, Gebäude wieder zerstören möchte. — Die Wahrheit der Forschung also und das Interesse der Sache zwingt heutzutage zu solch' allgemeinen Erörterungen. —

Und was sind denn im Grunde jene verpönten „allgemeinen Erörterungen"? Nichts, wie bemerkt, als eben jene

dogmatischen Grundprinzipien, welche bisher die Grundlage einer jeden Rechtsdarstellung (oder Rechtsschule) waren. Eben die historische Schule selbst, welche bisher unsere Rechtsdarstellung beherrscht, ist nichts, als eine gleiche „allgemeine Erörterung". — Also die historische Schule selbst hat zu solch' allgemeinen Erörterungen, zur Entfaltung eines Prinzipes, nach welchem unser heimisches Recht dargestellt werden muß, Veranlassung gegeben und herausgefordert. Und wenn nun, wie wir ersehen müssen, jene allgemeinen Erörterungen nach einer Seite hin falsches und schädliches enthalten, sollte denn jede Zukunft gebunden sein, diese falschen Prinzipien einer histor. Schule für die Rechtsdarstellung zu bewahren, und Niemand mehr berechtigt, das Bessere zu erstreben und vorläufig doch zu versuchen?

Steht aber ein Reformbedürfniß in unserem positiven Rechte fest, so sind doch gewiß auch wir schlichten „Praktiker" berufen, behufs solcher Reform (mittels allgemeiner Erörterungen) unsere Kritik und Hand anzulegen. Denn: positives Recht ist eben nur das, was in dem Leben und in der „Praxis" wirkliche Anwendung finden soll. Unsere Theorie will solches positives Recht darstellen; sie schreibt sich damit den „Beruf" zu: in ihren Lehrbüchern der „Praxis" ein positives Recht zur Anwendung an die Hand zu geben, (denn wer sonst sollte deren positives Recht anwenden), und in ihren Lehrvorträgen: unsere Juristen auf den Universitäten für das Leben, d. i. für die künftige „Praxis" zu schulen. Wenn nun die Theorie derselben „Praxis" ein unanwendbares oder doch unwahres Recht zur Anwendung vorsetzt und dieselbe so in einen Nothstand versetzt, in welchem dieselbe sich gezwungen sieht, von der Theorie ein besseres, wahreres Recht zu verlangen, so sind doch wohl gewiß auch wir „Praktiker" berufen, zu verlangen, daß auf unserem eignen Gebiete die Jurisprudenz, wie dieselbe bisher in einem

theils historisch-antiquarischen, theils unpraktischen, Rechte geschult wurde, künftighin in einem lebenswahren, wirklich positiven, Rechte geschult werde.

Gerne erkenne ich es an, seit den letzten Dezennien hat ein Theil unserer Theorie bereits die Sache der Reform des Rechts selbst rührig in die Hand genommen oder doch ernstlich in Erwägung gezogen. Aber trotz ihrer, die Leistungen der Praxis an Genialität wohl sicher überragenden, Leistungen: ist sie schon zu einem erschöpfenden positiven Grunde durchgedrungen? — — Gestehen wir es uns offen: sie hat diese Aufgabe noch nicht erschöpft und die bestehenden Uebel noch nicht zu erkennen und zu beseitigen vermocht; weil sie in ehrfurchtsvoller Scheu vor dem Grunde des Uebels stehen geblieben ist, aus welchem das ganze unvollkommene Rechtssystem emanirt: vor dem Grundprinzip derjenigen bisherigen Schule, welche so Großes im Wissen geleistet, aber einzig die Basis nicht erschöpfend aufgedeckt hat, auf welchem ein präciser Bau des positiven, pragmatischen Rechts sich entfaltet, und von welcher Basis aus allein Rechtsdarstellung (Theorie) und Praxis in einem wahren Rechte sich einigt.

Was die Theorie bisher nicht erschöpft, das soll hier somit einmal von dem „praktischen" Standpunkte kritisch beleuchtet und weiter zu bilden versucht werden. Vielleicht kann auf diesem Wege das gefördert werden, was vom Standpunkte der Theorie aus nicht so leicht würde gefördert werden können. Niemanden werde ich es alsdann meinerseits verargen, auf diese Anregung späterhin Besseres versuchen zu wollen.

Und warum sollte in der Wirklichkeit anderseits eine, die Sache in's Auge fassende, Theorie ein „Interesse" haben, gegen ein solch' sachliches Ringen nach Wahrheit von Seite der Praxis her Partei zu nehmen? Nicht blos die Wahrheit einer Erkenntniß unseres organischen Rechtes bedingt die Einheit

zwischen Theorie und Leben oder Wirklichkeit, sondern auch — welche Vortheile würden anderseits für unsere Theorie selbst aus dem hier angestrebten Endzielen erwachsen? — Die Einigung zwischen Leben und Wissen, von römischen und heimischen Elementen zu einem lebenden Organismus des Rechts stellt längst auch an die Theorie ihre Anforderungen. Welcher Vortheil für die Theorie nun, wenn dieselbe endlich in die Lage versetzt wäre, statt eines mehr oder weniger utopischen „gemeinen" Rechts ein wirklich in Anwendung sich findendes einheimisches und nationales Recht darzustellen, und so dem Leben, ihrem Berufe gemäß, erst direkt und vollständig zu nützen; denn jenes bisher so genannte gemeinschaftliche (gemeine) Recht ist in Deutschland zwar noch dem Namen nach ein gemeinschaftliches, im Leben ist es aber zum großen Theile längst entweder völlig abgestorben oder durch unzählige unwissenschaftlich behandelte Partikularrechte entweder alterirt oder beseitigt; dem Leben also ist die Theorie großentheils entrückt!

Daß solche Kluften zwischen Theorie und Leben derartige Mißstände des Rechtslebens, dem Manne der Wissenschaft, welchen sein Beruf nur indirekt zum Leben hinführt, vielleicht sich weniger zur Beachtung aufdrängen, als mir, dem Praktiker und jedem unter den Praktikern, will ich gerne zugeben. Um so lebhafter aber muß alsdann der Wunsch in „dem Praktiker" entstehen, die Theorie durch eine kritische Sichtung ihrer bisherigen Prinzipien in das Interesse für eine große, doch Allen gemeinsame, Sache zu ziehen, in das Interesse für ein zugleich nationales Recht! —

***

zwischen Theorie und Leben oder Wirklichkeit, ferners auch — welche Vortheile würden andererseits für unsere Theorie selbst aus dem hier angestrebten Verhältniß erwachsen? — Die Einigung zwischen Leben und Wissen, von römischen und germanischen Elementen zu einem lebendigen Organismus des Rechts selbst schlägt auch an die Theorie ihre Mahnerstimmen. Welcher Vortheil für die Theorie nun, wenn dieselbe endlich in die Lage versetzt wäre, statt eines mehr oder weniger künstlichen „gemeinen" Rechts ein wirklich in Anwendung sich findendes einheimisches und nationales Recht darzustellen, und so dem Leben, ihrem Berufe gemäß, erst direkt und vollständig zu dienen; denn jenes bisher so genannte gemeinschaftliche (gemeine) Recht ist in Deutschland zwar noch dem Namen nach ein gemeinschaftliches, im Leben ist es aber zum größten Theile längst entweder völlig abgestorben oder durch mächtige unwissenschaftlich behandelte Partikularrechte entweder alterirt oder beseitigt; dem Leben also ist die Theorie großentheils entrückt!

Daß solche Kluft zwischen Theorie und Leben derartige Mißstände des Rechtslebens, dem Manne der Wissenschaft, welchen sein Beruf nur indirekt zum Leben hinführt, vielleicht sich weniger zur Beachtung aufdrängen, als mir, dem Praktiker und jedem unter den Praktikern, will ich gerne zugeben. Um so lebhafter aber muß alsdann der Wunsch in „dem Praktiker" entstehen, die Theorie durch klare kritische Beleuchtung ihrer bisherigen Ergebnisse in das Interesse für eine große, doch Allen gemeinsame, Sache zu ziehen, in das Interesse für ein zugleich **nationales Recht**! —

§ 1.

Die specielle Lehre von der negat. und conf. Bisherige Lösungen und deren Widerlegung.

Thema.

In der bisherigen Lehre von der actio confessoria und negatoria[1]) haben wir eine noch völlig antiquarische Darstellung vor uns, deren Darstellungsweise in der Wirklichkeit den Anforderungen nicht entspricht, welche wir heutzutage an

1) Daß die actio negatoria oder negativa mit der prohibitoria actio, insbesondere derjenigen Klage identisch ist, welche Zachariä Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft XII S. 278f. in einem Scholium des Stephanus zu den Basiliken XVI, 6, 5 vorfand, setze ich als jetzt erwiesen und anerkannt voraus: Schmidt (von Ilmenau) ebenda XV S. 164ff. Witte Gießen Zeitschr. N. F. XIII S. 391; v. Vangerow Pand. § 353, 7. Aufl. S. 769. Elvers die röm. Servitutenlehre 1856 S. 799 und 800. — Vgl. auch: l. 11 D. si serv. vind. (8,5): jus sibi prohibendi esse, vel illi ... jus non esse; (das „vel" bezeichnet hier offenbar die Alternative „oder", nicht, wie Zachariä S. 277 glaubt, eine Cumulative). — Auch in der heutigen Praxis noch findet sich bei jeder negatoria die frühere intentio: jus non esse adversario und jus sibi esse prohibendi verbunden vor; die vollständige Klagebitte der neg. lautet dahin: zu erkennen, daß dem Gegner das in Frage stehende Recht nicht zustehe (j. non esse) und daß derselbe sich jeder ferneren Störung bei Strafe von ... zu enthalten habe (jus prohibendi); die Funktionen des negare und prohibere sind also naturgemäße für jede negative Klage, nicht historische Merkmale verschiedener Klagen. — Neben diesen Ausdrücken: negatoria, negativa und prohibitoria ließe sich auch noch ein vierter für dieselbe Klage finden; nämlich der Ausdruck: „contraria" actio: l. 8 pr. D. eod. 8,5, und gerade dieser Ausdruck würde sehr charakteristisch bezeichnen, wie durchaus bei denselben Rechtsinstituten die conf. und neg. in steter Wechselbeziehung steht; vgl. Gajus IV § 3 in fine.

die Methode unsrer positiven Rechtswissenschaft zu stellen berechtigt sind. — Schon früher wurde von dem Verfasser zu zeigen versucht, wie das Ideal einer Rechtsdarstellung heutzutage das Ziel anzustreben haben werde, daß das Dargestellte Recht einen „Spiegel“ des thatsächlich geltenden jeweiligen Rechtes zu bieten hat, — eine Methode, welche schon unser deutsches Mittelalter so treffend durch die Worte: „Sachsenspiegel, Schwabenspiegel“ angedeutet hat. — Ist aber eben dieß der Fall, so ist das Produkt der vorliegenden Lehre allerdings noch allzuweit entfernt von seinem Ideale: von jener wahren, lebensfrischen und unmittelbaren Darstellung dieses Rechts aus dem Rechtsleben, welches dem Spiegel des thatsächlich lebenden oder positiven Rechtes gleichkäme. — Ueberblicken wir diese bisherige Lehre.

Bekanntlich haben sich an dem Wesen der vorliegenden Klagen bereits mehrfache Lösungen versucht.

I. Eine Lehre, welche — neben einer ernsteren — nahezu ihre komische Seite böte, ist die **herrschende**[2]); nach ihr ist die negatoria stets eine Eigenthumsklage, die confessoria stets eine Servitutenklage! — Gleicht doch die Einseitigkeit einer solchen Anschauung etwa so recht dem einseitigen Urtheile eines — man gestatte die Zuhülfenahme dieses Vergleiches — einseitigen, von seinem Standpunkte aus schon beschränkten, Beobachters eines mehrfältigen Gegenstandes; etwa eines vielfarbigen Würfels. Der letztere von seinem einseitigen Standorte aus mag den Würfel mit voller Bestimmt-

2) Schmidt (von Ilmenau) Zeitschrift f. gesch. Rechtsw. 1850 Bd. XV S. 160 und 169 und viele Andere. — Abweichende Meinungen giebt es freilich auch in neuester Zeit noch immerhin; z. B. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum, 1859 III § 13 S. 183: „darum ist die Klage keine Eigenthumsklage, weil das Eigenthum nicht der strittige Hauptpunkt ist, sondern nur präjudiciell in Frage kommt.“. Duroi u. s. w.

heit (kraft seines Augenscheines) für einfarbig halten; etwa für einfarbig schwarz. Ein Anderer mit einem gerade entgegengesetzten, gleich einseitigen Standorte wird aber demselben Gegenstande mit gleicher Entschiedenheit und Berechtigung eine verschiedene, etwa eine weiße Farbe vindiciren können; und in der Wirklichkeit — bei allseitiger Beobachtung wird ebenderselbe Würfel nicht nur diese beiden Farben, sondern noch weit mehr: nahezu so viele Hauptfarben zeigen, als das Spektrum eines Prisma! — —

Mit gleichem Fuge nun, wie ein derartig einseitiger Beobachter, behauptet die herrschende Lehre einseitig: die negatoria ist nur eine Eigenthumsklage, die confessoria dagegen nur eine Servitutenklage. — Schon die Fragestellung innerhalb dieser Streitfrage: ist die negatoria diese oder jene Klage ausschließlich? erscheint eine verfehlte: weil die Klage thatsächlich weit mehr als beides ist! — — Deßhalb dürfte es im Interesse der Wissenschaft gelegen erscheinen, einem solchen Streite endlich Einhalt zu thun — jenem seit manchem Jahrzehent sich fortwährend wiederholenden kleinlichen Hinüber- und Herüberzerren des Negatorienbegriffes von einem einzelnen Institute zu einem andern, ohne einen über beiden stehenden, höheren Gesichtspunkt einzunehmen.

Prüfen wir kurz die Gründe dieser herrschenden Meinung. Dieselbe (vgl. die Citate in v. Vangerow Pand. 7. Aufl. I. S. 768 u. A.) stützt sich hauptsächlich auf die l. 2 pr. D. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur (8,5):

> de servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat;

sowie auf die l. 5 pr. D. si ususfructus petatur vel ad

alium pertinere negetur (7,6); endlich auf die beiden soeben wörtlich wiedergegebenen Digestentitel 8,5 und 7,6.

Die letzterwähnten Pandektentitel nun beweisen ausdrücklich sicherlich nichts zu Gunsten der herrschenden Lehre; dieselben werden in der That ebendeßhalb mit nicht geringerer Berechtigung gleichzeitig auch von den Gegnern derselben für sich angeführt. Denn aus der Thatsache, daß eine „Servitut" vindicirt und negirt wird, folgt doch entweder überhaupt noch nicht ausdrücklich der Name der Klage, mittelst welcher diese Servitut vindicirt oder negirt wird; oder aber, wenn hiemit wirklich der Name einer Klage genannt ist, so wäre es sicher weit eher und nur der Name einer „vindicatio" beziehungsweise „petitio" sowie anderseits einer „negatoria" der betr. Servitut. Wie sollte also hieraus folgen können, daß die negatoria eine actio des dominus „fundi" sei?

Unbedingt dagegen ergiebt allerdings die zweite der beiden angeführten Pandektenstellen selbst (l. 5 pr. si ususfr.) neben vielen andern, daß dem dominus „fundi" gleichfalls eine negatoria actio zusteht[3]). — Aber, wenn wir dieß zugeben,

3) Wenn auch nur stillschweigend, setzt übrigens sogar auch diese Stelle voraus, daß — abgesehen von der neg. des dominus rei corporalis — die negatoria in der Regel als eine Klage aus dem jus in re (hier dem ususfructus) betrachtet werde; u. zw. durch den Zusammenhang der Worte: „quamquam" enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, „magis" tamen de suo jure agere videtur, quam alieno (sc. usufructu).

Daß natürlich hiebei die elementaren Grundbegriffe von Rechten über res corporales und jura in re (des jus possidere, fundum non possidere) nicht verwechselt werden dürfen, versteht sich wohl von selbst. M. vgl. direkt und analog l. 4 pr. D. si serv. vind. 8,5: loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet; l. 63 D. 7,1: qui fundum habet, usumfructum non habet; § 4 J. 2,9: quia non possidet ususfructuarius servum, sed habet jus utendi fruendi; l. 1 pr. D. 8,3; pr. J. 2,3; — daß derartige Verwechselungen der elementaren Grundbegriffe in der That vorkommen, beweist der Text zur Note 5.

wie bei aller Logik soll alsdann aus dem Umstande, daß nach mehreren Stellen diesem dominus „fundi“ eine negatoria zur Abwehr von Angriffen zusteht, gefolgert werden können, daß andere Berechtigte, ein possessor, ein Servitutberechtigter u. s. w. nicht auch eine gleiche Klage zur Abwehr haben können? Umsomehr, da doch gleich maßgebende positive Bestimmungen dem Servitutenberechtigten u. s. w. dieselbe Klage nicht minder zuerkennen (s. unten). Denn wo ließe sich ein unzulässigeres argumentum a contrario finden, als dieses: aus dem Umstande, daß jemand ein Recht, ein Vermögen besitzt, zu folgern, daß ein Anderer nicht gleichfalls ein Recht, ein Vermögen der gleichen Gattung haben könne. Mit welchem Rechtsgrunde sollte denn ferner aus der Thatsache, daß das Gesetz in der Wirklichkeit dieselbe Klage zweien und mehreren Rechtsinstituten gewährt, folgen können, daß dieselbe nur Einem derselben zusteht?!

Selbst wenn man demzufolge die Beweisgründe der herrschenden Lehre als richtig zugiebt, darf man nicht mit ihr zum gleichen Schlusse gelangen. — Man braucht deßhalb kaum überdieß noch darauf hinzuweisen, daß auch in keinem Falle die erste der obigen Belegstellen (l. 2 pr. si serv.) zu einem dieser Lehre günstigen Resultate in der Wirklichkeit führt. — Dort nämlich schickt Ulpian in den Worten „negatoria domino, qui negat“ einen generellen Grundsatz voraus, welcher keineswegs dem dominus „fundi“ allein diese negatoria zuschreibt[4]). Denn, wie man hiebei übersehen, heißt in Rom auch der Servitutberechtigte nicht minder „dominus“ ju-

4) Zwar gedenkt eine vereinzelte spätere Anwendung dieses generellen Vordersatzes auf die confessoria actio allerdings des dominus fundi speciell, nämlich der § 1 l. c. Allein aus dieser späteren speciellen Anwendung folgt unmöglich etwas für den „generellen“ Vordersatz und für eine negatoria; nur das Umgekehrte wäre überhaupt denkbar

ris[5]), nämlich dominus servitutis, ususfructus u. s. w. — Ulpian konnte also mit jenem generellen Vordersatze ebensogut

5) Schon Andere (z. B. Arndts Pand. § 126 Anm. 1 und Lindes Zeitschr. N F III S. 256 ff; Seuffert Pand. § 120 Note 2) haben darauf aufmerksam gemacht, daß es in den römischen Quellen neben dem dominium an einer res corporalis ein „dominium juris" gebe; insbesondere das dominium ususfructus in l. 3 D. si ususfr. pet. 7,6, der hereditatis dominus in l. 48 pr D. de hered. inst. 28,5, gleichwie das dominium proprietatis in l. 17 D. quib. mod. ususfr. am. 7,4 etc. (Bekanntlich heißt proprietas dasjenige Recht des dominus fundi, welches deducto usufructu übrig bleibt). Diese Ausdrücke sind ganz natürlich. — Das dominium juris ist eben vorhanden bei derjenigen Servitut, welche jure civili erworben ist, während eine possessio (quasipossessio) juris die, nach jus gentium erworbene Servitut begreift; l. 8 pr. D. de rebus auc. jud. 42,5. Vgl. Gajus II § 30—33. — Die ältere Jurisprudenz namentlich, z. B. Cicero u. s. w., bezeichnet das Eigenthum an einem Gegenstand schlechthin mit dem Namen dieses Gegenstandes, (ähnlich wie wir noch heute in den Worten usus, ususfructus, habitatio den Gegenstand des Rechtes für den Namen des Rechts selbst gebrauchen und die meisten Rechtsbegriffe aus den Objecten des Rechts entstanden sind, z. B. possessio, hereditas, pignus, mutuum, depositum). So hieß in der älteren Jurisprudenz das „Eigenthum" an einem Grundstücke, an Sklaven u. s. w. einfach: ager, fundus, servus, ohne Beisatz, ob hiermit ein dominium ex j. Quiritium oder eine possessio gemeint sei; denn aus dem betr. Commentare, Prozesse u. s. w. ergab sich in Rom von selbst, ob der Streit sich um Quiritarisches oder Eigenthum nach jus gentium drehte; deßhalb konnte in Rom die Bezeichnung dominium oder possessio agri oder servitutis gewöhnlich als selbstverständlich weggeblieben sein, und dieß oder die Einflüsse der Compilation mögen erklären, daß beide Unterscheidungen sich jetzt nicht mehr allzuhäufig finden. Doch lassen sich für das Vorkommen derselben außer der bereits allegirten Stelle Julians: l. 3 D. si ususfr. pet: „qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint" noch folgende weitere Beweise beifügen.

Eine Andeutung hierfür liegt schon in der intentio: *εἰ φαίνεται τὸ* uti frui *ἐμὸν εἶναι* in der Paraphr. des Theophilus zu § 2 I 4,6. Auch konnte bei den servitutes praed. rust, welche res mancipi sind (Ulp. fragm. XIX § 1) durch mancipatio in keinem Falle eine possessio servitutis, sondern mußte ein dominium ex jure Quiritium an

sagen wollen: jeder dominus, auch der dominus juris, kurz ursprünglich jeder, welcher ein Sachenrecht überhaupt als dominus ex jure Quiritium erworben hat, (abgesehen von dem bloßen bonitarischen Eigenthümer oder possessor, welcher erst in der Folgezeit vom praetor eine actio übertragen erhielt), hat (jure civili) eine actio negativa. Ja Ulpian hat in der That hier die negatoria nur auf den dominus servitutis bezogen und beziehen können; nicht auf den dominus fundi; denn dieß ist 1) in derselben Stelle sogar ausdrücklich von Ulpian gesagt in den Worten: „de servitutibus" in rem actiones competunt: — — negatoria und ergiebt sich 2) auch mit Nothwendigkeit aus dem Umstande, daß derselbe Ulgian, wenn er in der fragl. Stelle eine negatoria des dominus „fundi" hätte darstellen wollen, alsdann die betr. Klage zufolge seiner eignen in l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7,6) ausgesprochenen Anschauung (qui habet proprietatem — de suo, non de alieno jure quemque agere oportet) unmöglich

---

den mancipirten Servituten erworben werden; ähnlich, wenn dieselben in jure cedirt wurden Ulp. fragm. XIX § 10 mit 11. — Daß ein dominium servitutis existirt, folgt weiter aus dem Ausdrucke servitutis vindicatio (z. B. l. 1 § 5 D. de arb. caed. 43,27; l. un. § 4 de remiss. 43,25; l. 1 pr. D. si ususfr. 7,6; l. 4 § 5 D. si serv. 8,5: iter petendum vel viam vindicandam); denn nachdem die vindicatio nur dem dominus zusteht: l. 23 pr. D. R. V. 6,1, so mußte der Vindicirende nothwendig dominus, nicht blos possessor servitutis sein. — Endlich ergiebt sich das dominium servitutis noch aus weiteren direkten Stellen: l. 15 § 8 D. quod vi aut clam 43,24: ergo nonnunquam etiam „dominii" ratio habenda est: ut puta, si propter hoc opus, quod factum est, servitutes amittantur aut ususfructus intereat (Ulp.); l. 8 pr. D. de rebus auct. jud. poss. 42,5: in venditionem bonorum etiam ususfructus veniat, quia appellatione „dominii" fructuarius quoque continetur (Ulp.); etwa auch l. 2 § 2 D. de interd. 43,1: quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti: de itinere actuque privato: nam proprietatis causam continet hoc interdictum.

hätte als eine „Servitutenklage" (actio de servitute) bezeichnen können. — Daher wird die Beziehung der negatoria in der vorliegenden Stelle auf die Servitutenklage neuerdings auch schon von einzelnen der eignen Anhänger der herrschenden Lehre anerkannt; z. B. v. Windscheid Pand. § 198 Note 8 der 2. Aufl.

Schrumpft so der vermeintliche Beweis der herrschenden Lehre in ein Nichts zusammen, so steht demselben wohl auch noch ein Gegenbeweis von erheblichem Gewichte entgegen.

Zu vorneherein müssen wir dabei freilich gleichzeitig den, wenn auch nicht minder allgemein herrschenden, uns präjudiciellen, Irrthum völlig aufgeben, als ob die **confessoria** actio die ausschließliche, in allen Fällen anzuwendende, Servitutenklage sei; daß diese somit bei Servitutstörungen den Anspruch und die Abwehr, das confiteri und das negare, in sich vereinige. — Wäre letzteres der Fall, so erschiene — neben der confessoria — bei Servituten allerdings eine negatoria gegenstandslos und überflüssig: denn die erstere schon würde die Aufgabe der letzteren erschöpfen. — In der Wirklichkeit ist es aber nicht an dem, sondern ist es eine pure Erfindung der Neueren, daß auch diejenige „Servitutenklage", welche lediglich eine passiv erduldete Störung des Servitutberechtigten (negativ) abwehrt, ohne daß von dem letzteren zugleich ein positiver Anspruch auf Gestattung einer Handlung oder des Rechts überhaupt erhoben wird, gleichfalls noch eine confessoria sein sollte.

Letztere Annahme entbehrt jeden Beweises. Nicht leicht dürfte jemals eine Ansicht so fest gestanden und doch zugleich so völlig aller gesetzlichen und wissenschaftlichen Stütze entbehrt haben. Die hiefür angeführten Stellen ergeben dieß sämmtlich bei deren Durchlesung einfach nicht; insbesondere nicht die, allerdings nahe an die confessoria streifende l. 4 § 5

D. si serv. vind. 8,5; die einzige Stelle, aus welcher die Beweisführung der Neueren noch eine Scheinberechtigung schöpft; davon, daß auch hierin eine Rechtsfertigung dieses weiten Begriffs der confessoria nicht liegt, sondern daß in dieser Stelle eben nur die Grenzen der negatoria und confessoria eine schärfere Scheidung verlangen, als bisher, sieh unten § 4 Ziffer III am Ende das Nähere.

Anderseits sprechen aber viele Stellen ganz bestimmt für das Gegentheil, i. e. dafür, daß für diese, vermeintlich der confessoria zugewiesene Funktion in der Wirklichkeit lediglich die „negatoria“ qua Servitutenklage einzutreten habe; vor Allem die § 2 I. de act. 4,6:

> „de usufructu“ et „de servitutibus“ praed. rust. — — proditae sunt actiones, ut: si quis intendat, jus non esse adversario: utendi fruendi, eundi agendi etc. — altius tollendi; istae quoque actiones in rem sunt, sed „negativae“

dann die l. 7 § 1 in f. D. 7,1; l. 17 § 1 D. 8,5; l. 5 § 2 D. 7,6 u. s. w. — Stellen, welche sofort unten bei der Betrachtung der Natur der negatoria wiederholt näher in Betracht kommen werden, um daselbst pari passu den Beweis über die wahre Natur der conf. und neg. zu verbinden. —

Unter dieser, somit unten wiederholt zu erhärtenden, Voraussetzung nun, daß die confessoria actio nur befähigt ist, den Anspruch des Servitutberechtigten auf Einräumung seines Servitutrechtes zu stützen, (nicht bloße Störungen abzuwehren), sprechen schon logische Gründe für die Nothwendigkeit, daß den Servituten auch eine Klage zur bloßen Abwehr zur Seite stehen müsse: — Schon die Natur des jus in re als eines absoluten Rechtes. — Ist nämlich, wie unzweifelhaft, die Servitut ein selbstständiges Rechtsinstitut, so muß sie — und zwar in negativer wie in positiver Richtung — auch ein selbst-

ständiges Klagerecht haben. Es wäre absurd und undenkbar, dem Gesetze oder Rechte mit der herrschenden Lehre den Anspruch zuzumuthen: der Servitutberechtigte hat ein absolutes Recht, also auch ein Recht gegenüber jeder Störung; derselbe wird aber in seinem Servitutbefugnissen klageweise nicht kraft eignen Rechtes, sondern nur alsdann geschützt, wenn er zugleich Eigenthümer eines Grundstücks ist! — Wie wäre denn da ein negativer Schutz gegen Störungen bei einer persönlichen Servitut, dem usus, ususfructus etc. überhaupt denkbar, bei welchem der Servitutberechtigte niemals zugleich Eigenthümer des Grund und Bodens ist? Offenbar kann aber auch — abgesehen vom persönlichen — jeder sonstige Servitutberechtigte — u. zw. theils vom Eigenthümer des praed. serviens selbst, theils von dritten — gleichfalls rein passiv gestört werden, so daß er nicht aus dem faktischen Besitz seiner Servitut gesetzt, also ein positives Ansprechen (confiteri) der Servitut gar nicht denkbar erschiene. Sollte diesem alsdann eine Klage zur Abwehr entzogen sein können, obgleich seine Servitut als Recht besteht? Man denke sich folgende Beispiele aus der Praxis:

Eine Stadt hat von einem Grundeigenthümer den Bezug des Wassers aus dessen Quelle behufs Anlage einer kostspieligen Wasserleitung für Trinkwasser, ein Fischzüchter dasselbe zur Anlage eines Forellenbaches, ein Färber, Gerber u. s. w. dasselbe zu seinem Geschäftsbetrieb erkauft. Der Verkäufer nun setzt die Käufer in der Folge nicht aus dem Besitze des Wassers, errichtet aber eine chemische Fabrik, deren Abflüsse das Wasser zu den bestimmten Zwecken vollständig verdirbt. — Oder ein Waldeigenthümer beginnt solche Schläge, daß der Forstberechtigte voraussichtlich in einigen Jahren den ihm rechtlich gebührenden fixen Holzbezug nicht mehr erhalten kann. Auch hier ist eine confessoria nicht am Platze; denn der Wald-

eigenthümer hat ihm die Verabfolgung des Holzes bisher noch niemals verweigert und wird sie ihm auch in den allernächsten Jahren nicht verweigern. Aber dennoch ist die Störung der Forstberechtigung nach Ablauf mehrerer Jahre gewiß. — Oder der Eigenthümer oder Anstößer eines Grundstücks entzieht einem Servitutberechtigten die Wegservitut nicht, beginnt aber an der dienstbaren Stelle Hindernisse: eine Wasserleitung, Gräben anzulegen u. s. w. u. s. w. — In all' diesen Fällen ist wegen Mangels eines positiven Anspruchs eine confessoria unbegründet; ohne eine negatoria somit wäre der Berechtigte schutzlos.

In allen derartig, wenn auch nicht faktisch, so doch rechtlich völlig gleich gelagerten Fällen nun gewährt in der That schon das corpus juris dem Servitutberechtigten als solchen eine „negatoria" — nicht eine confessoria, — u. zw. sowohl 1) gegenüber dem dominus des fundus serviens selbst, als 2) gegenüber jedem dritten außer jenem dominus, — wie sofort nachzuweisen. —

1. Negatoria des Servitutberechtigten gegenüber dem dominus fundi:

l. 10 § 4 D. de usu et habit. 7,8. Si usus fundi sit relictus —— quid in ea causa sit, videndum. Et Labeo ait, habitare eum in fundo posse, dominumque „prohibiturum", illo venire; —— cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero „invito eo" non usurum.

l. 7 § 1 in f. D. de usufr. et quemadm. 7,1. Labeo scribit: nec aedificium licere domino, te invito, altius tollere, sicut nec, areae usufructu legato, potest in area aedificium poni.

l. 17 § 1 D. si serv. vind. 8,5. Cum in domo Gaii Seii locus quidam aedibus Annii ita serviret, ut in eo

loco positum habere jus Seio non esset, et Sejus in eo silvam sevisset, — Annio consilium omnes Jurisperiti dederunt, ut cum eo ageret, jus ei non esse in eo loco ea posita habere, invito se.

l. 6 § 7 D. eod. Parietem — deteriorem si facit, aut per hanc actionem (sc. de serv. oneris ferendi) aut per operis novi nuntiationem „prohibetur".

l. 15 D. de serv. praed. urb. 8,2 Quodcunque igitur facit ad luminis impedimentum, „prohiberi" potest, si servitus (sc. ne luminibus officiatur) debeatur.

Ferner l. 3 § 8 D. de rivis 43,21. l. 9 pr. in fine D. 8,5 u. s. w. Nur scheinbar entgegen ist der l. un § 4 D. de remiss. 43,25; von dieser unten § 4 Ziffer II in f.

2. Negatoria des Servitutberechtigten gegenüber dritten außer dem dominus fundi servientis.

l. 5 § 2 D. si ususfr. pet. 7,6. Si — ususfructus constituatur, potest de eo (sc. usufructu) in rem agi, sive vindicet quis usumfructum, sive alii neget.

l. 59 § 1 D. si ususfr. et quemadm. 7,1; ad fructuarium (pertinent): pensiones quoque jam ante locatorum agrorum, — sed ad exemplum venditionis — potest usufructuarius conductorem repellere.

Vgl. § 2 J. de act. 4,6; de usufr. et de servitutibus pr. rust. proditae sunt actiones, — sed negativae. — Ebenso Seufferts Archiv II Nr. 255.

Aus diesen sämmtlichen Stellen folgt, daß dem Servitutberechtigten eine negatoria, u. zw. selbst gegenüber dem dominus fundi, zusteht. Wie könnte demzufolge die negatoria nur eine Klage des dominus fundi und die confessoria die einzige und ausschließliche Servitutenklage sein?

Damit dürfte sich die Unstichhaltigkeit der herrschenden

Lehre wohl zur Genüge gezeigt haben. — Nun zu den übrigen Lösungsversuchen. —

II. Unter den übrigen Lösungen wird namentlich auch die, schon von Theophilus vertretene heutzutage wohl Niemand mehr befriedigen, daß die negatoria als eine **vindicatio libertatis** zu bezeichnen sei. — (Z. B. noch vertreten von Makeldey röm. R. § 293, B, u. A.) — Ein „Befreitsein" von einer Rechtspflicht ist überhaupt eine bloße Negation einer solchen Rechtspflicht: eine Negation des Bestandes eines fremden Rechtes oder eine Untersagung einer fremden Rechtsausübung. — Will ich aber Jemanden eine Rechtsausübung untersagen, so muß mir doch selbst zuvor ein positives Recht zustehen, vermöge dessen ich rechtlich in der Lage bin, den Andern zu verhindern. — Deßhalb enthält das Verlangen nach Freiheit möglicherweise eine Klagebitte, noch nicht aber eine causa petendi, oder noch nicht den materilleen Rechtsanspruch, welcher jeder Klagebitte zu Grunde liegen muß, und es ist für diese Negation somit erst ein positiver oder materieller Inhalt zu finden. — Das Ungenügende dieser Lösung ist übrigens schon häufig genug von Andern hervorgehoben worden.

III. Ebensowenig dürfte endlich die ältere, von der Glosse, von Donellus J. 2 num. VIII u. XXIV, und später wiederholt von Böhmer, Reinhardt, Schröder, Veltheim, Fritz, Zielonacki, Keller u. A.[6]) vertheidigte, Ansicht vollkommen befriedigen, der Begriff der negatoria und confessoria bestimme sich nach der negativen oder positiven **Fassung der intentio** der formula.

Richtig betrachtet fällt diese Begründung theilweise mit der sub II zusammen. — Sollte in der That eine positive oder negative intentio, (welche bei der negatoria actio nicht

---

6) Vgl. die Allegate in Glücks Pand. Comm. X S. 231 ff., v. Vangerow l. c. u. A.

mehr Inhalt hat, als heutzutage eine Klagebitte), schon eine Klage begründen können? Wohl dürfte es bei näherer Ueberlegung für unmöglich zu finden sein, daß ein Verklagter aus dem Grunde allein schon verurtheilt werden sollte, weil eine Klage in ihrer Klagebitte, ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger selbst ein Recht für sich aufzuweisen hat, den Rechtsanspruch eines Andern verneint. Unter dieser Voraussetzung würde wohl Jeder ganz beliebig, auch ohne daß er selbst irgend ein Recht besäße, den Andern zu einer Servitut, zu einem Unterlassen, zwingen können!

Weit eher würde umgekehrt ersichtlich werden, daß ganz im Gegentheil der Besitz einer materiellen causa (eines mat. Klagefundaments) allein schon genügen wird, um dem Kläger entweder einen affirmativen Klagsanspruch oder eine negative Abwehr der, in dieser causa enthaltenen, rechtlichen Befugniß zu gewähren, daß demzufolge die Form der Klagebitte oder der intentio, ob diese positiv oder negativ gefaßt sein wird, wenigstens keinen direkt wahrnehmbaren praktischen Werth für die Zulassung einer Klage hat. — Denn jeder Richter wird es wohl absurd finden, da, wo ein wohlbegründetes materielles Recht wirklich vorliegt, — z. B. ein Eigenthum, eine Servitut, eine Reallast u. s. w., welche eines Rechtsschutzes bedarf, — im Falle dieses Rechts angesprochen oder ein Angriff dagegen abgewehrt werden soll, bevor er hierfür eine Rechtshülfe gewährt, noch erst speciell im corpus juris oder der Geschichte suchen zu sollen, ob letztere für das betr. Rechtsinstitut auch eine besondere „negatoria“ oder „confessoria“ zuläßt, und in dem Falle ein Klagerecht sogar gänzlich zu versagen, wenn eine solche Form der actio für das specielle Institut nicht überliefert sein sollte! In diesem Falle würden jene Rechte, das Eigenthum, die Servitut u. s. w. aufhören, absolute Rechte zu sein! Das Vorhandensein der materiellen

causa an und für sich schon somit wird genügen, die Klage auf Abwehr zuzulassen.

Dieß erklärt zur Genüge, daß nicht die positive oder negative Fassung der intentio einer Klage, stets und allein aber der wirkliche materielle, in ihr enthaltene Rechtsanspruch für das Wesen einer — gleichviel ob confessorischen oder negativen — Klage entscheidend sein werde, und, daß ebendeßhalb auch diese dritte Lösung zur Ergründung des materiellen Wesens unsrer Klage nicht vollständig ausreichen wird.

IV. Soweit die Verneinung früherer Lösungen. Nun zur Feststellung des nachzuweisenden **Themas**. — Unsre Lehre bedarf:

1, einer Einschränkung. — Die negatoria und confessoria ist kein selbstständiges Rechtsmittel, sondern nur eine „Eigenschaft" von Rechtsmitteln.

Jedem Rechtsmittel (= jeder Klage) nämlich muß im Rechtssysteme ein bestimmtes materielles Rechtsinstitut speciell entsprechen. — Diese Thatsache, daß eine jede Klage nur zum Schutze eines besonderen, einzelnen Institutes (wie z. B. Kauf, Tausch, Miethe, Eigenthum, Besitz, patria potestas, Erbrecht u. s. w.) bestimmt sein kann, bewahrheitet sowohl die Natur der Sache, als die Vergleichung jedes einzelnen Rechtsinstitutes. Wie die verschiedenen Institute unter sich innerlich verschieden sind und sein müssen — sonst wären sie ja eben keine selbstständigen Rechtsinstitute, — so müssen auch die, die Funktionen der einzelnen Institute schützenden und repräsentirenden Klagen der Natur der Sache nach jede von der anderen innerlich verschieden sein; sonst sind dieselben keine selbstständigen „Klagen". — Umgekehrt zwar kann es vorkommen, daß ein einzelnes Rechtsinstitut mehrere Klagen[7]) hat; (z. B. bei

7) Daß ein specielles Institut mindestens eine einzige Klage haben muß, ist klar, weil ein Rechtsinstitut ohne Klage wirkungslos,

dem Rechtsinstitute des Kaufes bestehen neben der actio emti, die actio redhibitoria, quanti minoris; beim Erbrechte neben der hereditatis petitio die Interdikte. u. s. w); eine Klage aber ohne ein specielles einzelnes, durch sie zu schützendes Institut ist undenkbar. — Kurz also: keine Klage kann mehrere Institute, sondern nur umgekehrt ein einzelnes Institut mehrere Klagen haben.

Findet sich nun eine einzelne Klagfunktion, — wie wir bei der act. negatoria und conf. ersehen werden (§ 4): das confiteri und negare — bei einer Mehrheit von Rechtsinstituten, so mag in diesem vermeintlichen Rechtsmittel der neg. und confessoria allenfalls eine Eigenschaft einer jeden dieser einzelnen und zugleich ein Gattungsbegriff für mehrere Klagen vorliegen, nie aber eine specielle Klage, weil eine solche, wie bemerkt, nur zum Schutze eines einzelnen Rechtsinstitutes dienen kann. Deßhalb wird auch die confessorische sowie die negative Klage als eine bloße „Qualität" mehrfacher Klagen betrachtet werden müssen, welche Qualität eben als allgemeiner Gattungsbegriff in den allgemeinen Theil des Rechtssystems, nicht in den speciellen Theil unter die einzelnen Klagen zu setzen sein wird.

2. Der obigen Einschränkung entspricht anderseits wieder nothwendig eine in dem Bisherigen bereits angedeutete Erweiterung: diese Eigenschaft einer actio als negativa und confessoria findet sich nicht blos bei einzelnen Instituten i. e. nicht blos bei dem Eigenthume und bei den Servituten, sondern überdieß bei den meisten übrigen Rechtsinstituten; nämlich bei allen Rechten mit Ausnahme der Obligationen[8]), und selbst bei diesen wieder, soweit sie als

---

ein nicht einklagbares oder erzwingbares, und damit kein positives Recht wäre.

8) Die richtige Einreihung des Gattungsbegriffes der negativae

Reallasten erscheinen; — jene Eigenschaft findet sich also bei dem Eigenthume, Besitze, den Servituten, Reallasten, der Kir-

---

und confessoriae actiones in das Rechtssystem dürfte im Grunde wieder eine empirische Kritik des Begriffes der obligatio sowohl, als eine bessere Systematisirung dieses letzteren Begriffes voraussetzen, weil sich nach der Stellung der obligatio im Systeme auch die Stellung des Gattungsbegriffes der neg. und conf. bestimmen wird.

1. Eine Definition der obligatio, schon wie sie z. B. Puchta giebt, als „Recht an Handlungen" ist wohl offenbar ungenügend. Völlig unglaublich aber und vollständig in dem Antiquarischen angelangt ist die Definition Kellers (Pand. § 219): „Die Obligation ist eine „partielle Dienstbarkeit" der Person gegen die Person"! Keller hätte beachten müssen, daß die Grundsätze der, selbst in den modernen Verfassungsurkunden garantirten, heutigen Freiheit der Person und der Aufhebung der Leibeigenschaft (einer Servitut an einer Person) praktische Folgen in das moderne Civilrecht hineinträgt. Es ist nicht einmal unbedingt richtig, daß ich als Contrahent jedesmal eine persönliche Berechtigung auf bestimmte Handlungen des andern Contrahenten habe; z. B. wenn sich mir der Obligirte zur Rückzahlung eines Darlehens, zur Fertigung eines Kleidungsstückes verpflichtet, so ist es für mich völlig ohne jurist. Interesse, ob dieß gerade durch Handlungen des speciell Obligirten ausgeführt wird. Ein Recht an Handlungen einer best. Person wäre, wie angedeutet, ebendeßhalb nur in geschichtlicher Vergangenheit, bei Servituten an freien Personen oder Sklaven, bei den römischen operae servorum, den deutschrechtlichen Frohndiensten gegeben; heutzutage aber ist vielmehr nur der vermögensrechtliche oder sonstige Endzweck, nicht eine Handlung, welche zwar Mittel zu diesem Zwecke, aber nicht der Endzweck selbst ist, das Object der Obligation. — Demzufolge dürfte die obligatio richtiger zu definiren sein, als: „die Verhaftung einer Person oder einer Sache (i. e. des jeweiligen Besitzers der letzteren), ein bestimmtes Recht zu gewähren — obligatio personae und obl. rei. — Eine solche Verhaftung der Person in dem direktesten Wortverstande fand sich in der altrömischen Obligation, dem nexum; denn hier haftete die Person bei der Exekution sogar als Substanz und Vermögenswerth, damit das schuldige Recht gewährt werde. Diese ist Antiquität und undenkbar, seitdem die Sklaverei beseitigt ist. — Jetzt haftet die obligirte Person nicht mehr mit der physischen Person, (selbst die Schuldhaft ist mehr eine Strafe), sondern soweit nicht etwa ein Personenrecht durch einfaches Zuerkennen exequirt werden kann, nur

chenbaulast, im Familien- und Eherecht (der actio de patria potestate, de filiatione etc.), im Erbrecht u. s. w.

---

mit ihrem gesammten Vermögen. Daneben i. e. neben diesen persönlichen Obligationen gab es aber in Rom und gibt es noch heutzutage dingliche: die obligationes rei; bei diesen haftet nur die einzelne obligirte Sache mit ihrer Substanz, i. e. jeder Besitzer derselben, solange er fortbesitzen will, — und zwar nicht auch für seine Person oder sein sonstiges Vermögen, sondern nur mit der Substanz der einzelnen obligirten Sache, — für Erfüllung des in obligatione begriffenen Rechtes oder Endzweckes; z. B. bei der Hypothek: haftet das Pfandobjekt für Zahlung der Schuld; bei der Reallast, dem Bodenzins: haftet die belastete Sache für die jährliche Entrichtung des Zinses; auch die Exekution richtet sich hier nicht gegen die Person, sondern nur gegen die obligirte Sache.

2. Hiernach ist eine obligatio an allen bereits vorhandenen Rechten (jura) nämlich am Personen- Sachen- und Erbrechte denkbar. — Auch noch heutzutage gibt es Obligationen (Verhaftungen) außer dem Sachenrechte; z. B. im Personenrechte: die Adoption ist eine obligatio der patria potestas, das Verlöbniß die obligatio des Eherechts; ebenso im Erbrechte: der Erbvertrag ist eine persönliche obligatio des Erbrechts, das Erbgut eine dingliche an dem bestimmten Gute haftende obligatio aus demselben Rechte, (eine obligatio oder Verhaftung, vererbt zu werden).

Ist dieses der Fall, so ergibt sich weiter, daß anderseits die obligatio nicht, wie im Heyse'schen System geschieht, coordinirt — neben dem Personen- Sachen- und Erbrechte — in das System zu stellen ist, sondern daß — soweit nicht einzelne Obligationen als besondere Erwerbarten eines speziellen Rechtsinstitutes von den generellen abweichende Bestimmungen bieten und in die besondere Lehre des betr. Rechtsinstitutes einzustellen sind — jedenfalls die allgemeinen Lehren der obligatio in einen allgemeineren Abschnitt des Rechtssystems über den einzelnen jura gehören.

3. Steht so weiter fest, daß die obligatio generelle Rechtsbestimmungen für alle jura (Personen- Sachen- und Erbrecht) bietet, und ihre Bestimmungen nicht in die specielle Lehre dieser Rechte, sondern in den allgemeinen Theil des Rechtssystems gehören, so folgt auch weiter, daß die Bestimmungen der act. conf. und neg. gleichfalls in den allg. Theil des Systems gehören; denn diese Klagsformen sind außer bei den jura, (dem Sachen- Personen- und Erbrecht,) auch bei diesen Obligationen, nämlich bei der obligatio rei gegeben; und —

Einzig die Klagen aus jenen Obligationen, welche man bisher als römische bezeichnet hat, (also die Klagen aus allen Obligationen, mit Ausnahme der deutschrechtlichen Reallasten), bedürfen einer Unterscheidung zwischen einer confessoria und negatoria, einer positiven und negativen Klageform, nicht; denn die Aufgabe dieser Obligationen besteht überhaupt nur in einem positiven oder affirmativen oder confessorischen Geltendmachen von Ansprüchen. Sie beanspruchen die Realisirung von noch nicht realisirten, in obligatione, in der Verhaftung begriffener jura (Sachen- Pers.- u. Erbrecht); diese Obligationen bestehen nur, so lange der Anspruch dauert, und enden mit der Erfüllung des Anspruches, sobald das, bisher durch die Verhaftung lediglich in Aussicht gestellte, Recht gewährt ist. — Bei ihnen bedarf es schon deßhalb nur dieses Anspruches, nur eines confiteri mittelst einer Klage, nicht eines negare, — wenn man nicht etwa die provocatio ex lege diffamari gleichfalls als eine negatoria aus dem Obligationenrechte bezeichnen will.

Anders bei den nicht mehr in Erwerbung (in obligatione) begriffenen — den bereits erworbenen[9]) — Rechten. Alles Sachen-, Personen- und Erbrecht muß eine doppelte Wirkung haben: eine positive Geltendmachung des Rechtsanspruches,

---

gehören die Bestimmungen über diese letzteren schon in den allgemeinen Theil eines Systems, — so gehören ebendahin offenbar auch die Lehren über die confessorischen (positiven) und negativen Klagen, welche bei diesen Obligationen vorkommen können; kurz die Begriffe über die confessoria und negatoria gehören in die Bestimmungen des allg. Theils über Klagen.

Damit dürfte die eigentliche Stellung des Begriffs unsrer Klagen im Rechtssysteme ersichtlich sein.

9) Der Ausdruck „bereits erworbenes Recht" ist hier selbstverständlich in einem andern Sinne zu verstehen, als das „wohlerworbene Recht" in unsrem öffentlichen Rechte und unsren Verfassungsurkunden. Zu letzterem gehören auch die Obligationen.

i. e. ein confiteri [10]), und eine negative Abwehr jeder Störung, i. e. ein negare. — Dieser Inhalt der negatoria und confess. actio steht so, wie mir scheint, im Zusammenhange mit jenen ganz allgemeinen Grundzügen des Civilrechtes überhaupt (juris praecepta), welche Ulpian (in l. 10 § 1 D. de justitia et jure 1, 1 cf. § 3 I. 1, 1) negativ in das alterum non laedere, und positiv in das suum cuique tribuere scheidet — während dessen dritte Grundregel, das honeste vivere, mehr dem Strafrechte anheimfällt [11]). — Wo die beiden ersten Grundzüge sich finden, ist im ersteren Falle das Wesen einer negatoria, im zweiten das einer confessoria gegeben, gleichviel ob hiebei der Name bisher angewendet wurde, oder nicht.

So wird uns eine eingehende Prüfung der Berechtigung der sogenannten actio conf. und neg. keineswegs ergeben, daß in dieser vermeintlichen actio eine selbstständige Klage, sondern vielmehr, daß in derselben mehr nicht, als eine bloße „Qualität" mehrerer Klagen aus bereits erworbenen Rechten vorliegt.

Auch selbst die Namen der Klagen, welche bisher unter dem vermeintlichen Namen „neg. und conf." aufgeführt wurden, werden sich richtiger sämmtlich in Klagen aus dem ein-

10) Die „Etymologie" des Wortes actio „confessoria" mag entweder auf eine Klage deuten, welche auf Anerkennung oder auf ein Zugeständniß eines Rechtes (confiteri) abzielt; oder aber auf eine Klage, mittelst welcher der Kläger ein Recht für sich behauptet oder beansprucht (etwa sibi confiteri); denn auch in dem Sinn von „behaupten" wird confiteri gebraucht; z. B. l. 22 pr. D. de pign. act. 13. 7.

11) Einer andern Erklärung von Ulpians Trichotomie huldigt Burchardi, Grundzüge des Rechtssystemes der Römer § 42 S. 258 u. folg. — Für unser Thema ist es übrigens völlig gleichgültig, ob Ulp. mit dieser Eintheilung dasselbe wollte, was ich darin sehe, oder etwas anderes.

zelnen materiellen Rechtsinstitute, aus welchem die betr. Klage gestellt ist, sowohl begrifflich als quellenmäßig auflösen lassen; sei es: in eine Eigenthumsklage, oder eine Klage aus der possessio, eine actio de servitute, de usufructu (vindicatio servitutis) u. s. w. (cf. § 4 Ziffer II, 3 unten).

Stellen wir uns gleichzeitig den praktischen Endzweck dieser Abhandlung vor Augen, so dürfte der Nachweis unseres Themas überhaupt folgendes praktisches Resultat gewähren:

Erstens: daß man es künftighin wohl für absurd wird erachten müssen, noch länger mit der herrschenden Theorie lediglich bei der Eigenthumsklage eine negative Klage zu gestatten: — d. i. eine Klage mit der Bitte: zu erkennen, daß dem Beklagten das strittige Recht nicht zustehe, — während doch jedes bereits erwirkte Recht gegen Störungen gewahrt werden muß, — und umgekehrt nicht minder absurd, lediglich dem Servitutberechtigten eine Klage mit der intentio: jus sibi esse oder eine confessorische Klage zu gestatten.

Zweitens: daß es unzulässig sein wird, für eine confessoria und negatoria als einer vermeintlichen besondern species von Klagen besondere praktische Regeln aufzustellen; z. B. Regeln über Beweislast. Wie vielmehr die vermeintliche negatoria in der Wirklichkeit als Gattungsbegriff mehrfache Klagen aus verschiedenen einzelnen Instituten in sich schließt, so werden die Ausnahmsbestimmungen, welche in dieser Beziehung scheinbar einer vermeintlichen selbstständigen actio negatoria zustehen, sich lediglich als eine Eigenthümlichkeit bestimmter einzelner Klagen z. B. der Eigenthumsklage u. s. w. selbst enthüllen, keineswegs als Eigenthümlichkeit der ganzen Gattung der negativen Klagen. — —

Abgesehen aber von diesen concreten Resultaten bietet die vorliegende herrschende Lehre nothgebrungen wieder einen wei-

teren, und diesmal wohl einen vorwiegend ernsten Gesichtspunkt. — Auch diese specielle Mißbildung der Lehre hat sicher einen tieferen, allgemeineren Grund; jede falsche Consequenz muß ein falsches Prinzip erkennen lassen, und wir werden die einzelne Consequenz niemals erschöpfend — so, wie es Noth thut, — widerlegen, so lange wir nicht dieses irreführende Prinzip von Grund aus kritisch durchschauen.

Welche Grundanschauungen sind es ebendeßhalb, welche zu solcher Mißdeutung führen können? — Weil ein historisch überliefertes Gesetz urtheilt — nein! noch weit mehr: schon weil man glaubte, daß eine historisch überlieferte Rechtssatzung so urtheile: — eine negatoria actio trage den bestimmten Charakter der Eigenthumsklage, — — legt man noch heutzutage dem thatsächlich vielfältigen Wesen, unbekümmert um jede nüchterne Lebensanschauung der wahren Thatsachen, diesen einseitigen Charakter bei!! — So sehen wir klar eine Einseitigkeit, welche ein Ausgehen von einer richtigeren Basis des positiven Rechts nimmermehr zugelassen hätte; wir sehen darin wiederholt das schon seit Langem angewandte, irreführende Prinzip wirksam, das Prinzip der historischen Schule: das corpus juris oder eine Rechtssatzung, wenn und weil sie „historisch" gegeben ist, ist um deßwillen allein schon positives Recht. Ein Erfahrungswissen dessen aber, was im Leben und in der Wirklichkeit thatsächlich als Recht herrscht oder positiv ist, eine auf Empirie gestützte Wissenschaft, welche klar erkennt, daß ein positives Recht das geltende Recht ist, daß nur dasjenige „geltendes" (oder positives) Recht sein kann, welches erfahrungsgemäß im Leben thatsächlich „gilt", daß das positive Recht nur durch diese jetzige Geltung, nicht durch eine historische Ueberlieferung an sich schon gilt und nur aus ihr gefunden werden kann, ein solches Bewußtsein ist der herrschenden Theorie unseres Civilrechts, wie im Allgemeinen,

so auch in dieser Lehre bis auf den heutigen Tag fremd geblieben.

Wenn wir daher anderseits, ohne länger in der vorliegenden Lehre einer „historischen Methode" zu huldigen, auch nur diese vereinzelte Lehre der act. neg. und conf. so, wie dieselbe thatsächlich gilt, und unmittelbar aus dieser Geltung oder dem Leben darstellen wollen, schon dann werden wir genöthigt sein, die Berechtigung dieser neuen Darstellung innerhalb des positiven Rechtes zugleich im Prinzipe mittelst allgemeinerer Erörterungen nachzuweisen.

Somit führt gleich unwillkürlich wie nothwendig die „Construktion" unserer einzelnen Lehre wieder zu einer vorherigen kritischen Revision — und, soweit dieß in Folge einer neuerlichen Vertheidigung derselben nothwendig, zu einer neuerlichen Bekämpfung — desjenigen Prinzipes (Theorems), welches bis zur Stunde die einzelnen Lehren unseres Civilrechts beherrscht, d. i. der historischen Schule. Einer solchen werden wir uns ebendeßhalb im Interesse der Sache auch hier nicht entschlagen. —

§ 2.

Allgemeiner Theil.

Rückblick auf Prinzip und Methode.

Man wird es ebendeßhalb nicht als eine Abirrung auslegen wollen, wenn ich vermeine, hier — von diesem concreten Standpunkte aus — wiederholt kurz auf die Hauptprinzipien und die Methode (Darstellungs- oder Behandlungsweise) alles positiven Rechtes zurückblicken zu müssen; — dieser Rückblick erscheint, wie gezeigt, nothwendig, weil bei der Darstellung der kleinsten Partikel des Rechts, wenn das dargestellte Produkt ein wahres werden soll, die richtigen Fundamental-

säße ganz ebenso ermittelt vorliegen müssen, wie bei der Feststellung eines ganzen Systems des positiven Rechtes.

Ich sage: wiederholt. — Der Verfasser hat schon einmal vom praktischen Standpunkte aus die Mißstände unserer herrschenden historischen Rechtsdarstellung in einer besonderen Abhandlung zu schildern, sowie die Prinzipien einer aus sachlichen Gründen an deren Stelle zu setzenden, wissenschaftlich zu Werke gehenden „Empirie" festzustellen versucht; (Seitz, das praktische Bedürfniß der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule. Erlangen 1865.) — Obgleich dieß bereits geschehen, werden aber nichtsdestoweniger die dort aufgestellten Prinzipien einer empirischen Rechtsanschauung hier in der Anwendung auf die actio neg. und conf. kurz wiederholt werden müssen. — Theils weil der Verf. nicht voraussetzen kann, daß der Leser schon jene allgemeinen Ausführungen, welche auch der vorliegenden Darstellung präjudiciren, kennt. — Theils, weil jene Prinzipien jetzt in der That einer nochmaligen Begründung bedürfen werden, nachdem es sich bei ihnen noch keineswegs um bereits allgemein anerkannte Grundsätze handelt, jene Prinzipienrogationen vielmehr bei Einzelnen zwar bereits Beifall, aber auch bei Anderen Widerstreit gefunden haben, und der inzwischen aufgetauchte Widerstreit eben eine Replik erfordert. — Theils wohl endlich aus dem weiteren Grunde, weil der Verf. anderseits, so sehr derselbe eine Reform in der Jurisprudenz als berechtigt und nothwendig erachtet und sich aus voller Ueberzeugung an den Reformbestrebungen der Gegenwart betheiligt hat, doch sein Streben nicht mit modernen Bestrebungen der gleichen Art schlechthin identificirt wissen und auch seinerseits keineswegs alles Das unbedingt unterschreiben möchte, was sich in der neueren Zeit überhaupt als Reformjurisprudenz angekündigt, vielmehr über seinen Standpunkt vor der Oeffentlichkeit bestimmtere Rechenschaft geben möchte.

Daß in jenem Neuen, neben manchem Trefflichen, noch so manches Ungeklärte, Ueberschwängliches oder Unpraktisches, ja selbst das positive Recht Gefährdendes liegt, ist nicht zu bezweifeln. Bedarf es Beweise, daß ähnliches vorgekommen sein werde? — Haben ja doch schon bisher viele der bedeutendsten Kräfte — Angesichts der letzterwähnten Ausschreitungen — an der Berechtigung irgend einer Neuerung gegenüber der histor. Schule überhaupt verzweifelt! — Damit eben aber würde für die Sache selbst wieder der alte Schaden fortleben: die Theorie würde theilweise in ihrer alten Stagnation verharren, und die Gegenwart würde ihrer Mitwirkung zu einem bevorstehenden vaterländischen Rechtsbau noch ferner beraubt! — Solche Motive zwingen fortwährend zum allmählichen Klarlegen eines der Gegenwart gegenüber der historischen Richtung unabweisbar nothwendigen Gegensatzes, zum Fortwerfen des Ueberschwänglichen, dagegen zum Festhalten des kritisch gesichteten und berechtigten Neuen, — insolange, bis die Erkenntniß der fortbestehenden Mängel der bisherigen Zustände das allgemeine Bewußtsein durchsickert haben wird. — —

Ueberblicken wir deßhalb nochmals kurz die gegebenen Zustände: das Verhältniß zwischen der Darstellung (Theorie) in Deutschland und dem darzustellenden (lebenden oder positiven) Rechte. — Anerkannt ist, daß die historische Schule die Darstellung unseres Rechts zur Zeit noch beherrscht. Noch die neueste Ausgabe eines unserer neuesten Pandektenlehrbücher [1])

---

1) Ich berufe mich hier auf das Zeugniß des trefflichen Pandektenlehrbuches von Windscheid § 9 Abs. 2. — Wir können in der Wirklichkeit in unsrem, von der histor. Schule geleiteten Theorie wieder 2 Nuancirungen auseinanderhalten: 1) eine unentschiedene und 2) die extreme oder historische-antiquarische, von welchen aber nichtsdestoweniger beide unter dem Einflusse der histor. Grundanschauung leiden. —

bestätigt diese Thatsache direkt mit den Worten: „die geschicht=

Regelmäßig zeigt sich nämlich heutzutage zum Mindesten ein Einfluß der histor. Schule auf die Rechtsdarstellung (Theorie) noch eben in deren Unentschiedenheit zwischen dem Rechte irgend eines Abschnitts der „Geschichte" schlechthin und dem Rechte, welches die heutige „Erfahrung" bei schärferer Kritik als das Geltende zeigt, d. i. dem Rechte der Empirie. Eine solche principielle Unentschiedenheit charakterisirt heutzutage den vorwiegenden Theil der Theorie unsres Civilrechts. Denn dieser letztere stellt regelmäßig das überlieferte römische oder einheimische Recht schlechthin noch als das positive Recht hin, ohne überhaupt jedesmal principiell zu untersuchen, ob das heutzutage wirklich Geltende noch jener Ueberlieferung vollständig entspricht. Damit erklärt derselbe aber scheinbar wenigstens, entweder unbewußt oder stillschweigend, das histor. Recht als solches schon, sowie das historische Princip: daß die Geschichte schlechthin Recht ist, als das positive. Unsre Monographien enthalten heutzutage fast alle, (und mit Recht) einen geschichtlichen, wohl wenige aber zugleich einen empirischen Theil, i. e. wenige werden zugleich die eigentlich entscheidende Grundfrage des pos. Rechts sich auch nur zur Beantwortung vorlegen: welches Recht gilt heute in dem concreten Falle thatsächlich; obgleich doch, wie wir ersehen werden, jedes Recht eben nur durch seine heutige Geltung und nur in der Art, wie es heute gilt, positiv ist, nicht unbedingt so, wie es die Ueberlieferung zeigt. — Aber auch die geschichtliche Methode in ihrer extremen Anwendung als ein Wiedergeben eines Rechts der Vergangenheit ist heutzutage keineswegs ausgeschlossen. — Beispiele insbesondere finden sich heutzutage noch in ganzen theoretischen „Systemen" unsres Civilrechts. Unser heutiges positives Civilrecht nämlich verbindet sich aus römischen und einheimischen, überlieferten und modernen Bestimmungen zu einem neuen organischen Ganzen, ich möchte sagen zu einer „Specifikation" eines neuen Rechtes, welches weder römisch noch altdeutsch ist. Die Darstellung eines besonderen römischen Civilrechts qua eines heutzutage positiven ist somit ein Ding der Unmöglichkeit. Denn wer das römische Recht, wenn auch nur soweit einseitig darstellen will, als es „heute noch angewendet werden soll": mit einem allgemeinen Theile aus römischen Prinzipien, zerschneidet unser „organisches" heutiges positives Recht mechanisch in Theile, welche in dieser Weise keine lebendige Beziehungen eingehen können und stellt im sogenannten heutigen römischen Rechte im Grunde noch immer Theile eines römischen, i. e. eines für uns, qua Organismus, antiquarischen Systems dar. Weil 2 Organismen, 2 Körper, nie einer sein und nie

liche Behandlung des röm. Rechtes ist noch jetzt die herrschende".

---

einheitliche Funktionen üben können, so kann eine derartige Darstellung noch nicht zeigen, wie dieses überlieferte römische Recht innerhalb des einen organischen heutzutage lebenden oder positiven Civilrechts überhaupt sich gestaltet, wie insbesondere die Prinzipien des allgemeinen Theils sich innerhalb des lebenden Rechts modificiren, ergänzen und anders gestalten.

Von diesem Gesichtspunkte zeigen beispielsweise noch in der neuesten Zeit eine antiquarische Methode, — trotz ihrer sonstigen Trefflichkeit, Vielseitigkeit und einer mehr versprechenden Einleitung — in der That die Pandekten Kellers (1861). Dieser stellt „reines römisches" Recht dar, während er Pandekten, i. e. positives oder ein, wie gezeigt, durch Specifikation römischer, einheimischer und moderner Rechtsbestandtheile zu einer neuen organischen Verbindung erwachsenes Recht darstellen will, dessen einzelne Glieder doch nur, — durch die Vereinigung modificirt und verändert, — fungiren können; wie können also heutzutage solche römische „Prinzipien" schlechthin als positive geboten werden? Ebenso zeigt sich der antiquarische Contrast gegenüber dem heutigen Rechte in mancher einzelnen Lehre Kellers, sobald das römische Recht mit dem heutigen überhaupt in Conflikt tritt. (Ein Beispiel etwa oben § 1 Note 8 sowie unten Anhang III, a am Ende). Selbst schon eine Vergleichung von Savigny's System mit Keller dürfte hier das Fortschreiten eines Epigonen in den Einseitigkeiten der historischen Richtung und damit einen Rückschritt vom Positiven zum Historisch-Antiquarischen erkennen lassen. — Neben solchen Systemen finden sich bis in die neueste Zeit eine Reihe von Monographien und juristischen Abhandlungen, welche im Einzelnen vollständig antiquarisches Recht wiedergeben, ohne gleichzeitig bewußt zu bekennen, daß sie damit Rechtsgeschichte nicht positives Recht darstellen wollen. — In der vorliegenden Lehre speciell z. B. trägt am meisten antiquarisches Gepräge die Abhandlung von Schmidt von Ilmenau (oben § 1 Note 1); im Grunde nichts anders als eine Darstellung der neg. zur Zeit des römischen Formularprozesses u. s. w. ohne jede Rücksichtnahme auf das lebende Recht. — Außerhalb derselben dürfte im Interesse der Sache unter den neuesten Monographien von Bedeutung beispielsweise etwa vor Allem die neueste Ausgabe von Savigny's Recht des Besitzes durch Rudorff hier nicht unerwähnt zu bleiben haben. Rudorff allegirt daselbst — abgesehen von der histor. Anschauung des Begriffes des Besitzes überhaupt — im Einzelnen (zur Begründung der einzelnen „Rechtssätze")

Da nun diese herrschende Schule oder Theorie für das Leben in der That schädliche Consequenzen ergab, und weil, wie gesagt, falsche „Consequenzen" die Unwahrheit desjenigen leitenden Prinzips selbst am ehesten durchfühlen lassen müssen, aus welchem solche Consequenzen entspringen, und welches die Schuld an den letzteren trägt, so hat der Verfasser, um im Interesse der Sache den gegebenen Mängeln auf den Grund zu sehen, schon früher versucht, diejenigen Consequenzen übersichtlich darzulegen, mit welchen das Prinzip der historischen Schule unsere Rechtsdarstellung überhaupt noch immer schädigt.

Beobachtet man nämlich objektiv, vorurtheilsfrei und ohne jedem unberechtigten Autoritätsglauben die Rechtszustände, wie solche die bisher herrschende Schule geschaffen hat, so ergiebt sich Folgendes.

Schon bei dem Eintritte in das Rechtsstudium und die historisch geschulte „Theorie" unserer Universitäten findet sich der Anfänger nicht selten abgestoßen, dadurch, daß er sieht, wie auf dem eigentlich dogmatischen Gebiete des anzuwendenden pos. Rechts Antiquarisches — Bestandtheile, welche zwar in einer Rechtsgeschichte wohl am Platze sein mögen, für die

---

antike, zum Theil neuentdeckte leges. Solche antike leges gehören offenbar nicht einmal zu dem jus, quod agnovit glossa; sie sind bei uns niemals weder positives Gesetz noch positive Gewohnheit geworden. Sollten dieselben ebendeßhalb überhaupt für die pos. Rechtsdarstellung noch irgend von Einfluß sein können, so würden dieselben dieß nur sein können aus dem Gesichtspunkte eines „wissenschaftlichen Rechts". Rudorff hätte demzufolge höchstens die aus demselben zu verwerthenden innern (wissenschaftlichen) Rechtsgründe, nimmermehr aber diese leges an sich als Autorität, allegiren dürfen. Ohne die großen Verdienste Rudorffs für Rechtsgeschichte verkennen zu wollen, steht letzterer somit hier — auf dogmatischen Gebiete — auf antiquarischem Standpunkte und damit wohl auf einem extremen Gegensatze zum eigentlichen positiven Rechte, indem er hier Rechtsgeschichte statt positiven Rechtes bietet.

Anwendung im Leben aber völlig unverwerthbar erscheinen, — als pos. (anzuwendendes) Dogma gelehrt werden.

Tritt der Lernende alsdann in das Leben und in die „Praxis“ über, so findet er da vollends nicht selten ein ganz anderes Recht in Geltung, als das in den Lehrbüchern der histor. Schule als positives dargestellte, und erfährt derselbe noch weit mehr, daß die Prinzipien der herrschenden Theorie hie und da unwahres und vollends unbrauchbares Recht zu Tage gefördert.

Am grellsten endlich sind, wie bemerkt, die Mißstände auf dem Gebiete der „Civilrechts-Gesetzgebung“. — Hier leugnet die herrschende Schule kraft ihrer bisher noch immer unwiderlegten Prinzipien faktisch noch fortwährend den Beruf zur Gesetzgebung, während doch die Gesetzgebung vergangener Jahrhunderte bereits einen Wust von Partikulargesetzbüchern angehäuft, welcher jetzt längst und dringend einer Revision durch die Gesetzgebung bedarf. — Unbeholfenheit und Unfähigkeit in der Art der Darstellung des an sich nicht selten berechtigten Gedankens, endlose Zersplitterungen der Rechtsvorschriften und völlig werthlose Abweichungen zwischen den einzelnen Partikeln von Civilrechtsgebieten stellen den zumeist „für Deutschland einheitlichen Gedanken“ des Rechts auf kleinlichen Gebietstheilen (in Bayern selbst nur für 150—3000 Seelen und mittels 43 verschiedener Partikulargesetzbücher), für Ortschaften, Häuser, Theile von Häusern jedesmal wieder besonders in einem verschiedenen Systeme oder mit nebensächlichen Abweichungen dar; so erschweren diese Partikularrechte den Rechtsverkehr, die Judikatur und jede erschöpfende wissenschaftliche Bearbeitung der unzähligen, äußerlich immer wieder verschiedenen Systeme. — So ist der Partikularrechtszustand im Leben häufig ein trostloser, ohne der Trugschlüsse zu gedenken,

welche die **Theorie** bedurfte, um den Beruf zu dem dringenden Bedürfnisse nach einer Gesetzgebung ihm gegenüber zu leugnen!

Derartige Mißstände zwingen wohl jeden, welcher den Muth hat, gegen eine „allgemeine, herrschende" Anschauung im Interesse einer Sache eine Wahrheit zu vertreten — und haben im Interesse dieser objektiven Wahrheit auch den Verf. früher bereits bestimmt, — die Anklagen gegenüber der histor. Schule (oder deren falsche „Consequenzen") hauptsächlich in folgende 3 Punkte zusammenzufassen.

I. Die histor. Schule ermöglicht die Beibehaltung **antiquarischer Lehren** an der Stelle des lebenden Rechts.

II. Hand in Hand hiemit führte sie jene **Trennung der Theorie von der Praxis** in Deutschland herbei, welche Savigny selbst noch im Jahre 1840 (System I S. XX—XXV der Einleitung) als das „Hauptübel" unseres Rechtszustandes bezeichnete; und hieran hat sich seitdem namentlich auf dem Gebiete des überlieferten Rechts — wenigstens auf Seite der Theorie als Berufssphäre und beachtenswerthe Ausnahmen abgerechnet — wenig verändert.

III. Sie leugnet durch ihre „Prinzipien" (wenn sie auch heutzutage „Thatsachen" widerlegen) fortwährend den Beruf wie das Bedürfniß unserer Zeit zur **Gesetzgebung**; während doch, wie bemerkt, ohne Zweifel theils die Bessergestaltung unseres positiven Rechtes der nationalen Gesetzgebung unbedingt bedarf, theils eben jener Theorie, welche sich von der Codifikation abwendet, an der Vorbereitung unserer lex ferenda ein so sehr wesentlicher Antheil zufiele.

Angesichts solcher Consequenzen hat der Verf. damals mit einer der Sache schuldigen Offenheit weiter darauf hingewiesen, wie diese Consequenzen eine offene Kritik des Theorems welchem dieselben entquellen und eine endliche „Widerlegung" desselben herausfordern; wie — den unwahren Bestandtheilen

des herrschenden histor. Lehrgebäudes gegenüber — längst das Messer eines Arztes allein Heilung bringen konnte; und wie hierbei jede andere Rücksichtnahme, als einzig die auf die Sache, nur die Sache selbst schädigen würde. — — Im Prinzipe aber wurde von mir, wie bemerkt, der Grundsatz hervorgehoben: „das historische Recht als solches ist noch kein positives"; an die Stelle der Geschichte habe ich (nicht nebenbei, wie Bekker glaubt, sondern geradezu) eine „Empirie", d. i. ein Erfahrungswissen dessen zu setzen versucht, was die thatsächliche Anschauung oder Ueberzeugung des Volkes oder seiner Juristen uns eben in dem Momente der Gegenwart als das wirklich geltende (positive) Recht zeigt; der Geschichte selbst dagegen wurde von mir im positiven Rechte nur der Rang einer, wenn auch der ersten und unentbehrlichsten, Hülfswissenschaft zugestanden. — Empirie somit an der Stelle des vagen Wortes Geschichte erschiene hiernach das Losungswort für eine richtige Darstellung unseres positiven Civilrechts überhaupt, wie für die Darstellung unserer concreten Lehre.

Der Berechtigung dieses objektiven Strebens ist damals wie schon bemerkt, theils wohlwollende Anerkennung geworden, theils direkter, und dabei mehr oder weniger sachlicher, Widerspruch entgegengetreten[2]. — Hier und da freilich beschränkte sich der letzterwähnte Widerstreit auf allgemeinere Phrasen: über die Größe, Unübertrefflichkeit, von der

---

2) Recensionen meines Werkchens habe ich gefunden: in dem Leipziger literar. Centralblatt von Zarnke, — der krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzg. u. Rechtswissenschaft, — der (Wiener) allg. Litteraturzeitung — der östr. Vierteljahrsschrift von Heimerl — dem Gerichtssaal — der Bayr. Zeitung —. Ich müßte es sehr bedauern, wenn meine nicht zu beseitigende momentane Abgeschiedenheit von literarischen Hülfsmitteln mir einzelne Beurtheilungen hätte entgehen lassen.

überschwänglichen Klarheit ꝛc. jenes Meisters, welcher das bisher herrschende Theorem schuf; auf Gründe eines wenig erquicklichen Autoritätsglaubens, welcher doch schon oft in der Geschichte die Fortbildung der Rechtswissenschaft wieder Jahrhunderte lang zurückwarf und eine Zeit des Verfalls inaugurirte; Gründe, nahezu wenig verschieden von denen der sogen. Commentatoren des 14. und 15. Jahrhunderts, welche schon das Werk der Glosse unübertrefflich fanden und deßhalb consequent begann, nicht mehr die Quelle, sondern die „Glosse zu glossiren"! — Daß solche Gründe die Kraft unserer Nation ertragen sollte, welche sich eben erst auf anderen Gebieten verjüngt, wer vermöchte dies ernstlich zu behaupten? — Wir Alle ehren die Verdienste des größten Meisters unserer Nation um die Fortbildung des Wissens im Rechte hoch, und keiner der Nachkommen könnte sicher an eine Weiterbildung des Rechtswissens auf seinem jetzigen Standpunkte denken, wenn nicht Savigny so weit die Bahn gebrochen hätte; aber die, welche das von Savigny unvollendet Gelassene fortbilden, ehren ihn höher, als die, welche ihn glossiren! — Sicher ist Savigny groß, vielleicht der größte Rechtslehrer aller Zeiten; aber das beste Menschenwerk ist der Veredelung fähig, und wenn Savigny vieles unübertrefflich gebildet, auf dem Wege, auf welchem das, im modernen Leben quellende Recht wahr und praktisch dargestellt werden muß, ist er nach seinem eigenen Geständnisse (siehe oben II) nicht so glücklich gewesen, wie auf den Pfaden, auf welchen er uns mittelst der Geschichte die überlieferten Quellen des Rechts in ihrem Keime enthüllt. Wir haben ebendeßhalb Ausdauer auf der von Savigny selbst angebahnten Neuerung nothwendig, nicht ein Stehenbleiben aus falscher Pietät; man schelte dieses Vorwärtsstreben immerhin Neuerung, wenn dasselbe nur berechtigte Wahrheit schafft! —

Unter den Gegnern, welche die von mir gebotenen Prin-

zipien vollständig negirten, ist Ernst Immanuel Bekker[3])

3) Der Verf. hat sich selbst zuvor schon einmal unabweisbar in der Lage gesehen, Bekker sachlich entgegentreten zu müssen; nachdem der letztere in einer neugegründeten Zeitschrift den verdienstvollen Reformbestrebungen Iherings nur auf dem Gebiete „der Neubildungen des Verkehrslebens" Berechtigung zugestand; (Bekker und Muther Jahrbuch des gem. d. Rechts Bd. I 1857 S. 15). Eine Abhandlung über das Schmerzengeld (Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage nebst allg. Erört. über die Methode des einheimischen Civilrechts Erlangen 1860) zwang damals schon den Verf. mit sachlicher Nothwendigkeit, den Einwendungen Bekkers in dem Institute des Schmerzengeldes als Gegenbeweis die „nackte Thatsache" gegenüberzustellen, daß wir auch bei dem Schmerzengelde und den überlieferten Instituten des einheimischen Civilrechts, überhaupt eben jener „Construction" in der That bedürfen, deren Methode Ihering so genial gezeigt, und deren Berechtigung Bekker principiell demzufolge eben auch hier in Abrede gestellt hatte. — Damals war es Aufgabe des Verf., zu zeigen, daß die „Construktion" überhaupt im Grunde nichts anders und deßhalb unmöglich weniger berechtigt ist, als die, von der histor. Schule neben den Rechtsquellen des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes von jeher anerkannte, Rechtsquelle des „Rechtes der Wissenschaft", (wenn letztere auch noch mancher Vervollkommnung fähig erscheint, für welche durch Ihering vollständig neue Gesichtspunkte gewonnen wurden) und daß demzufolge diese Construktion (i. e. die Rechtsquelle der Wissenschaft) bei dem Sch. Gelde allerdings gleichfalls Platz zu greifen habe: weil die einzelnen Rechtsbestimmungen für alle überlieferten einheimischen Institute und damit auch für das Schmerzengeld zur Zeit weder durch Gesetz noch durch Gewohnheit bereits feststehen, und daher in Ermangelung solcher Gesetzes und Gewohnheitsrechtsbestimmungen bei diesen überlieferten Instituten ganz ebenso, wie bei den Neubildungen des Verkehrslebens, eine Construktion von Rechtsbestimmungen aus innern Rechtsgründen (wissenschaftl. Recht) subsidiär einzutreten hat. —

Willkommen ist mir, nun Bekker (krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft Bd. VII 1865 S. 464 ff) meinen jüngsten prinzipiellen Bestrebungen gleichfalls entgegentreten zu sehen und mir Gelegenheit zu bieten, sich über unsre eigentlichen principiellen Gegensätze sachlich auszusprechen, nachdem ja durch eine solche Opposition nur die Sache an Klarheit gewinnen kann; so sehr ich auch bedaure, daß mein Beruf mir erst jetzt eine Entgegnung gestattet, — und das nonum prematur in annum mir zur Pflicht machte. — Ob freilich Bekker mir

besonders hervorzuheben; dessen materielle Gründe sollen von mir, soweit möglich, unten eingehender betrachtet werden.

---

da lediglich sachliche Gründe entgegengeführt, ob Bekker sich nicht vielleicht Vortheile zu Nutzen gemacht, welche gewandt von dem eigentlichen Kerne der Sache abführen, überlasse ich dem Urtheile des Lesers. Schon jetzt aber werde ich es kaum unterlassen dürfen, mich gegen einzelne eingeflochtene offenbare Mißbeutungen ausdrücklicher zu verwahren.

In vorneherein ruft Bekker gegen mich — ein „Mißtrauen" — zu Hülfe! weil ich einem Mahnruf Göthes der histor. Schule gegenübergestellt, welcher, wie ein geistiger Funke, die Dunkelheiten und Schwächen dieser Schule gerade in dem Punkte grell beleuchtet und empfindlich geißelt, wo letztere das Rechtsleben am meisten schädigt: nämlich die Worte Mephisto's: „vom Rechte, das mit uns geboren ist, von dem ist leider nie die Frage". — Aus der Zeit, glaubt Bekker, in welcher der Faust geschrieben, und aus der „persönlichen" Anerkennung, welche Göthe später Savigny gezollt, hätte ich entnehmen müssen, daß „diese Angriffe Göthes" nicht gegen Savigny „gemeint sein können". — Sollte sich hier in der That der Satz bewähren können: wer Mißtrauen sät, wird Mißtrauen ärndten? — Denn einerseits ist es gar nicht wahr, daß ich gesagt, Göthe greife die histor. Schule an; auf Seite 2 meines Schriftchens vielmehr ist wörtlich zu lesen, daß Göthe die Jurisprudenz „unter allen Disciplinen **seiner Zeit**" (also nach Bekker selbst: nicht die histor. Schule) am weitesten zurückgeblieben finden mochte; und dann erst wird von mir weiter gesagt: dieselben Anklagen sehen wir in unsren Tagen wiederholt gegeben und begründet; — — denn nirgends ist die Theorie mehr in ähnlicher Weise vom Leben getrennt u. s. w. — Anderseits müßte ich in der That die Engherzigkeit einer Anschauung zurückweisen, nach welcher eine tiefe, wenn auch derbe Wahrheit eines großen Geistes, welche Gemeingut unsrer Nation geworden, nur je nach Zeiten oder „persönlichen Wohlwollen" innerhalb der Wissenschaft! sollte wirken dürfen, und nicht nach ihrem sachlichen Gehalte! — Wenn auch wirklich Göthes Worte nur gegen die Vorgängerin der histor. Schule „gemeint sein können", wenn aber diese letztere Richtung ganz ebenso, ja vielleicht noch mehr, als ihre Vorgängerin, am Antiquarischen haftet und damit das lebende Recht vernachlässigt, warum sollte es da nicht Aufgabe eines Strebens nach Wahrheit sein, jenen treffenden Spiegel Göthes unsrer historischen Theorie gleichfalls gegenüberzustellen? Bei so unerkannten und ernsten Mißständen unsrer Rechtszustände gestehe ich Bekker gerne zu,

Wer die gesammte Aktenlage, die gesammelten Belege und diejenigen unter den Grundsätzen der histor. Schule, welche

---

daß ich meinerseits „nicht anstehen werde: Wahrheit zu nehmen, wo ich sie finde"!

An einer andern Stelle, S. 466, legt mir Bekker in seinem Referate selbst ein angeblich ihm ertheiltes Lob in den Mund, als ob er selbst nach meiner Schätzung schon auf jener Höhe wissenschaftlicher Empirie stehe, welche die gegenwärtige Jurisprudenz erst anzustreben hätte; ein Lob, von welchem ich indessen in der That weder selbst etwas weiß, noch etwas zu wissen vermöchte, so sehr ich auch jede fremde Leistung, und damit auch die Bekkers, gerne nach ihrem Verdienste achte, und so sehr ich selbst der conservativen Opposition Bekkers gegen Neuerungen ihre Berechtigung zugestehe, soweit eine solche gegen Ueberschwänglichkeiten nothwendig ist. — Aber, — bei objectiver Betrachtung der Sachlage: — konnte ich schon damals in vorneherein sagen: Bekker ist bereits wissenschaftlicher Empiriker? Die Empirie — die Darstellung des positiven (geltenden) Rechts unmittelbar aus seiner thatsächlichen Geltung oder aus dem Leben — ist ein Prinzip, welches unsrer Jurisprudenz (Theorie und Praxis) vorerst zur Prüfung vorzulegen ist. Ueber die Berechtigung dieses Prinzips konnte sich demzufolge Bekker damals unmöglich noch entschieden haben, weil ja eben die Frage seiner Berechtigung vorerst anzuregen war. — Wie hätte ich also damals schon „prophezeien" können: B. ist Empiriker? Und wenn ich hätte prophezeien wollen, konnte ich im Voraus ahnen, daß der Historiker Bekker, welcher schon früher nur auf einem ungerechtfertigt beschränkten Gebiete, nur auf dem vereinzelten Gebiete der „Neubildungen des Verkehrslebens", thatsächliche Abweichungen vom überlieferten historischen Prinzipe zuließ, dereinst, sobald einmal die Anforderung gestellt würde, prinzipiell, bei allem (überlieferten oder modernen) Rechte die specifisch historische Basis als die positive zu verlassen oder doch zu modificiren, dem Bedürfnisse und Verständnisse des Rechtslebens jenen offenen Blick entgegen bringen werde, welchen wir allenfalls in unsere Theorie weit eher aus den Schriften eines Windscheid, Bruns, Ihering, abgesehen von den Schriften vieler unserer trefflichen Praktiker u. s. w. zu vermuthen berechtigt sein werden. — In der That hätte auch nicht nur Bekker jetzt (durch seine absolute Negation dieser Anforderungen) diese Prophezeiung nicht gerechtfertigt, sondern habe ich auch damals nicht das gesagt, was Bekker aus meinen Worten gelesen. — Das vielmehr, was ich an der betr. Stelle (S. 105 meiner Schrift: das prakt. Bedürfniß der Rechtsreform ꝛc.) mit ähnlichen Worten wirklich gesagt, ist

mir in praktischer Beziehung eine Berechtigung zu haben scheinen, und welche nicht, vollständiger übersehen will, mag mein

---

beiläufig folgendes. — Jeder Jurist, welcher wenigstens „Neubildungen des Verkehrslebens" darstellt und insoweit in einzelnen Fällen „construirt", — zu diesen Juristen gehört somit vor allem auch Bekker, — muß consequenterweise auch „Prinzipien" anwenden und damit offenbar wenigstens thatsächlich anerkennen, welche in einem thatsächlichen Contraste stehen mit denjenigen einzelnen Prinzipien der histor. Schule, welche ich als reaktionär hervorgehoben habe; namentlich mit dem Satze Savignys: das Recht ist durch die „Geschichte" oder vollends durch die „Vergangenheit" der Nation gegeben. Denn für solche Neubildungen gibt es ja eben nicht hinreichende Rechtssätze aus der „Vergangenheit"; wir müssen also für dieselben in der That Regeln aus dem unmittelbaren modernen Rechtsleben (der lebenden Wissenschaft, Rechtsprechung) zu Hülfe nehmen. Schöpfen wir aber so aus dem sich neubildenden Rechtsleben, nicht aus der Geschichte schlechthin, so verletzen wir und treten wir damit in dem speciellen Falle nothwendig, unwillkürlich und thatsächlich, in eine prinzipielle Opposition mit jenem ebenerwähnten historischen Prinzipe Savignys. Denn es kann das Recht nicht hier ohne Ueberlieferung (oder wenigstens „nicht durch die Ueberlieferung"), in anderen Fällen aber durch die Ueberlieferung positiv sein. Wir werden alsdann entweder jenem reaktionären histor. Prinzipe gegenüber theoretisch inconsequent; oder, wenn wir theoretisch in allen Fällen consequent urtheilen wollen, müssen wir „prinzipiell" anerkennen, daß jenes als reaktionär bezeichnete Prinzip falsch ist.

Wenn ich also gesagt habe: Bekker, indem er Neubildungen des Rechtslebens darstellt und „construirt", hat damit bereits andern, nämlich den wahren Prinzipien „thatsächlich" gehuldigt, so habe ich damit keineswegs gesagt, daß er dieser wahren Prinzipien auch bereits theoretisch sich bewußt geworden und sie auch theoretisch anerkannt hat, sondern nur, daß er diese Prinzipien hätte anerkennen müssen, wenn er, wie allerdings zu wünschen, sich consequent werden wollte.

Ich muß diese letztere Verkehrung der objektiven Sachlage schon deßhalb hervorheben, weil Bekker hieraus S. 470 behufs meiner sachlichen Widerlegung sofort Capital schlägt. — Während ich die Mehrzahl der Juristen heutzutage allerdings als thatsächlich bereits theilweise nicht historischen Prinzipien huldigend bezeichne, ohne dabei auch nur daran zu denken, daß Jemand schon damals theoretisch als Empiriker und Gegner der herrschenden Schule sich erklärt

Schriftchen (über das prakt. Bedürfniß der Rechtsreform 2c.) selbst zur Hand nehmen. — Was zur Darstellung der concreten Lehre und zugleich zur Widerlegung Bekkers nothwendig, soll hier dem Leser sofort übersichtlich zur Prüfung geboten werden. — Dabei werden wir zunächst das (materielle) Grundprinzip, dann die (formelle) Methode unterscheiden.

A. Grundprinzip.

Die Aufgabe eines jeden Theorems des positiven Rechts ist unzweifelhaft die: positives, d. i. geltendes Recht zu fin-

---

haben werde, vielmehr dort ausdrücklich in vornherein erwähne, daß trotz dieser thatsächlichen Anwendung anderer, richtiger Prinzipien theoretisch das historische Programm noch das herrschende und deßhalb zu bessern sei, deutet Bekker dieß so, als ob ich gesagt, daß auch schon theoretisch die Mehrzahl der Juristen als Gegner der histor. Richtung dastehen, und damit, als ob ich erst erstrebe, was schon allgemein als nothwendig anerkannt ist, kurz: wenig anders, als ob ich damit gegen Windmühlen anzukämpfen gedächte, und nicht gegen einen Nothstand unserer Rechtszustände. —

Auf die Gesetzgebungsfrage hat sich Bekker nicht eingelassen. Damit scheint er die Anklagen gegen die histor. Schule vom Standpunkte der Praxis in dieser Beziehung für berechtigt anzuerkennen.

Mehr naiv ist, nebenbei bemerkt, die Annahme eines österreich'schen Recensenten, obiger Satz Göthes: Doch vom Rechte, das mit uns geboren 2c., dessen Berechtigung erfahrungsgemäß von den Lehrbänken der Universität an durch die gesammte Praxis — den mit Historischem überfüllten Lehrbüchern der histor. Theorie gegenüber — längst hindurchgefühlt wurde, und welchem längst ein ernstes Bedürfniß parallel ging, habe so beiläufig in mir erst die „zufällige Laune" erweckt, hieraus eine ganz neue Theorie zu construiren! — — Von einem weiteren Recensenten in Haimels Vierteljahrschrift ist es mir zweifelhaft, ob er mein Buch überhaupt gelesen; derselbe glaubt, mein Angriff gelte auch der Praxis und Gesetzgebung, während doch der Titel sowie jeder Abschnitt von den praktischen Bedürfnissen gegenüber einer theoretischen Schule spricht. —

den [4]); das Nämliche ist somit unzweifelhaft die Aufgabe der historischen Schule. — Wie löst nun letztere diese ihre Aufgabe? — Wie schon früher dargelegt, beginnt dieselbe ihre Grundlehre damit, daß sie nach der „Entstehung" des Rechtes [5]) überhaupt fragt. — Finden wir denn aber damit wirklich das „pos." Recht, d. i. das Recht, welches „gilt"? Auch die leges barbarorum, die Sachsen- und Schwabenspiegel sind auf dem nämlichen heimischen Boden einmal „entstanden"; daß sie aber — deßhalb schon — heutzutage positiv sein sollten, wird man dieß gleichfalls behaupten können? — Also ist schon die so gestellte Grundfrage der histor. Schule wohl eine ungenügende, verfehlte: sie konnte fragen, wie besteht (wie gilt) dasjenige Recht, welches als positives oder geltendes respectirt werden soll; sie konnte aber, während sie nach

4) Der Leser möge mich entschuldigen, wenn ich hier mehr vielleicht eine elementare als eine wissenschaftliche Abhandlung zu beginnen scheine; da mir von Bekker Mangel an Klarheit und Unkenntniß der Zielpunkte entgegengehalten wurde, so hoffe ich auf diese Weise wenigstens dem Vorwurfe der Unklarheit zu entgehen. Sollten dabei „persönliche" Zielpunkte im Auge gefaßt werden können, so müßte ich bedauern, daß ich meinerseits solche — bei Erforschung des objektiv Wahren in der Wissenschaft — nicht kenne —; sollte insbesondere etwa hierin, wie kaum denkbar, eine Anspielung darauf vorliegen, als ob ich inconsequent hier das historische Prinzip bekämpfe, während ich mich anderseits an geschichtlichen Forschungen z. B. an der Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Bd. II. S. 435 ff.) betheiligte, so kann ich nur erwidern, daß ich in keiner Zeile meiner schriftstellerischen Versuche unterlassen habe, meine hohe Achtung für die geschichtliche Forschung überhaupt an den Tag zu legen, wenn ich auch in der Geschichte an sich noch nicht den Grund einer heutigen Positivität zu erkennen vermag. Jene Zeitschrift mußte ich aber umsomehr mit aufrichtiger Freude begrüßen, als das mir zugesandte Programm der fragl. Zeitschrift auch Diejenigen zur Betheiligung einlud, welche die Geschichte nicht als die Quelle des Rechtes anerkennen.

5) Vgl. u. a. Savigny, Beruf unsrer Zeit für Gesetzg. und Rechtsw. 3. Aufl. S. 6, 8 ff.

diesem positiven Rechte sucht, unmöglich fragen: wie entsteht das R.; denn das überhaupt entstandene Recht ist für uns keineswegs deßhalb schon ein geltendes.

Dieser fehlerhafte Grundbau greift durch das ganze Lehrgebäude der histor. Schule. Weil sie ihre Grundfrage falsch dahin gestellt: wie entsteht das Recht, kam dieselbe nothwendigerweise bei der Beantwortung jener falschen Grundfrage zu einer falschen Antwort oder Lösung, — und zugleich, nachdem die Antwort auf die Grundfrage einer Schule als der Fundamentalsatz dieser Schule zu erachten ist, zu einem falschen Fundamentalsatze — nämlich zu dem Satze: das Recht ist gegeben durch die **Geschichte** einer Nation — einer Antwort, zu welcher sie allerdings nicht in gleicher Weise gelangt wäre, wenn dieselbe sich richtig befragt hätte: wann besteht oder gilt das positive (oder geltende) Recht? —

Allerdings findet sich anderseits in dem von Savigny aufgestellten Programme auch der richtige[6]) Fundamentalsatz jeder positiven Rechtsdarstellung mit den Worten enthalten: das Recht „lebt" oder ist nur eine Seite des Lebens. Allein dieses Prinzip wurde in jenem Theoreme nie prinzipiell (man unterscheide zwischen „prinzipiell" und einzelnen mehr zufälligen „Anwendungen") und regelmäßig zur unmittelbaren Anwendung verwerthet, so daß man bei jedem einzelnen Institute stets und consequent primär gefragt hätte:

6) Allerdings scheint der Umstand, daß Sav. eine falsche Fundamentalfrage gestellt hat, der Grund zu sein, warum er eine Antwort auf die richtige Grundfrage (welche er hätte stellen sollen) sich nicht mit der nöthigen Präzision — sondern zwischen Vergangenheit und Leben schwankend — abgegeben hat. Wie seine theoretische Antwort in diesem einen Punkte verschieden und schwankend, so erscheint dieß auch seine praktische Anwendung; einzelne Lehren sind unentschieden historisch, andere antiquarisch, andere bereits vollständig empirisch. Freilich aber darf man aus diesen einzelnen empirischen Ausnahmsfällen nicht folgern wollen, daß Savignys „Theorem" im Prinzipe ein empirisches war.

welches Recht gilt heute oder lebt? Vielmehr hat sich zwischen diesem wahren Fundamentalsatze und dessen unmittelbarer Anwendung stets jener obige Cardinalsatz der histor. Schule hineingeschoben, und stellte man bei Aufsuchung des positiven Rechts (anstatt der Frage: welches Recht lebt?) eben regelmäßig die hiervon verschiedene Grundfrage: welches R. ist durch die „Geschichte" (durch das corpus juris u. s. w.), gegeben? — Darin allerdings liegt sowohl der Cardinalsatz als der Cardinalfehler unserer herrschenden Schule, welchem alle jene unheilvollen Consequenzen der Schule für das Leben zur Last fallen.

Denn das Wort „Geschichte" ist vieldeutig; der Fundamentalsatz: das Recht ist durch die Geschichte gegeben, ist ebendeßhalb — 1) entweder falsch, soweit man unter Geschichte die Ueberlieferung aus der Vergangenheit versteht; in diesem Wortverstande müssen „Geschichte" und „Empirie" sich als direkte wissenschaftliche Gegensätze gegenüber treten, weil die Theorie mit diesem Prinzipe (prinzipiell wenigstens) antiquarisches R. bieten würde; — oder 2) der Fundamentalsatz ist — u. zw. dieß in jedem Falle — ungenügend, weil er an sich allzu unbestimmt jeden Moment von Entstehung der Welt bis zum jüngsten Athemzuge der Gegenwart umfassen und in hypothesi gestatten würde, möglicherweise antiquarisches, möglicherweise empirisches R. — (ebensowohl die XII Tafeln oder die leges barbarorum als das jüngste Reichsgesetz und Gewohnheitsrecht) — als das geltende (weil geschichtliche) Recht anzuerkennen, insolange wir uns nicht entschließen, den vagen Ausdruck näher zu präcisiren und an dessen Stelle den präciseren zu setzen. Deßhalb handelt es sich nunmehr darum, nachzuweisen, welche Grundlage des pos. Rechts als eine präcisere zu betrachten sein wird.

Die Beweisführung nun, daß eine „Empirie" allein, nicht unbedingt jene „Geschichte", die wahre Grundlage

des positiven Rechts zeigt, ist einfach, und deßhalb meines Erachtens zugleich klar und unwiderleglich. Dieselbe beruht auf dem einfachen, logischen Satze: Positives (oder = geltendes) Recht ist unzweifelhaft nur dasjenige R., „welches gilt". Offenbar aber „gilt" ein R. nicht schon dann, wenn und wie es in der Geschichte überhaupt einmal bei uns gegolten hat (sonst wären auch die leges barbarorum etc. noch positives R.), sondern nur, wenn, weil und wie es noch gilt; d. i. weil und wie es im Momente der „Gegenwart" — oder nur in dem „Theile" der Geschichte, welcher Gegenwart ist, — gilt oder herrscht. Deßhalb kann uns auch die Geschichte unmöglich schlechthin stets und prinzipiell das positive oder geltende R. wahr zeigen, sondern nur die Gegenwart oder die „Erfahrung" oder „Empirie" dessen was in dieser Gegenwart gilt oder herrscht.

Vergleichen wir, um uns diese Art und Weise, wie ein gegebenes oder pos. R. herrscht oder lebt: — ob durch ein Dasein in der Geschichte überhaupt oder nur durch ein erfahrungsgemäßes Sein im jüngsten Momente der jeweiligen Gegenwart — anschaulicher zu machen, dessen Leben mit dem Leben irgend einer andern positiven Existenz, so bietet uns für die Herrschaft des Rechts unter allen die treffendste Analogie[7]) jede andere gegebene „Herrschaft" des thatsäch-

7) Diese Unzulänglichkeit des Prinzipes, das Recht aus der Geschichte schlechthin zu schöpfen, ließe sich u. a. sogar mathematisch nachweisen und selbst dann, wenn wir unter „Geschichte" mit Bekker „alles Thatsächliche von der Vergangenheit bis auf den heutigen Tag" verstehen; weil die positive Herrschaft des Rechtes auf einem bestimmten festen Punkte fußt, und deßhalb die Darstellung des Rs. sich nicht unklar und unentschieden bald auf die Vergangenheit, bald auf die Gegenwart, stützen kann. — Schon ein räumliches Gleichniß aus dem unorganischen, leblosen Dasein nämlich würde uns das Ungenügende des Prinzipes versinnlichen! Setzen wir z. B. anstatt des positiven oder thatsächlich

lichen Lebens: Wenn ein (positiv) gewordener Herrscher, z. B. ein Herrscher Frankreichs, ein Napoleon, thatsächlich überhaupt

---

gegebenen Rechtes einen thatsächlich „gegebenen" Ort. Wollen wir auf unserem Erdballe einen „positiv gegebenen" Ort finden, so wird es sicher kaum genügen, wenn wir einen „unbegrenzten" Raum, etwa unsern Erdball schlechthin, als den thatsächlichen Fundort bezeichnen wollten! Ja nicht einmal die bloße Angabe einer einzelnen thatsächlichen Abgrenzung würde in diesem Raume genügen, um einen Ort, eine Basis zu finden, z. B. die bloße Angabe eines Breitegrades, welcher um die Erde läuft, solange nicht gleichzeitig der Längengrad angegeben ist, welcher den Breitegrad an einem bestimmten Orte durchschneidet. Erst der letztere präcise Punkt ist das punctum saliens, welches eine Verirrung sicher verhüten wird. — Wie im Raume, so auch in der Zeit; auch hier wird es nicht vor Verirrung schützen, als den Fundort eines bestimmten Rechtes die ganze Geschichte, d. i. im Grunde den ungemessenen Zeitraum von Erschaffung der Welt bis zum jüngsten Athemzuge, zu bezeichnen, sondern es bedarf der Angabe eines bestimmten Zeitpunktes, in welchem das sich stets verändernde R. als ein positives zu betrachten ist.

Noch näher würde uns ein Gleichniß, genommen von einem lebendigen Organismus, der Ueberzeugung von der Unklarheit der geschichtlichen Basis bringen, nachdem auch das positive Recht ein lebendiger Organismus ist. — Vergleichen wir mit letzterem z. B. den Organismus eines lebenden (positiven oder thatsächlich gegebenen) Menschen. Wollen wir den „gegebenen Menschen" beschreiben, die ihn wirklich bedingenden Gesetze, Modalitäten, seinen Zustand, wollen wir die Frage verläßig beantworten, ob und wie dessen gegebener Organismus besteht oder untergegangen ist, so werden wir dieß wohl nur aus der jünsten Gegenwart, aus seinem jetzigen Dasein, seinem jetzigen Alter, Charakter, Aufenthalt u. s. w. ermitteln können; denn derselbe kann früher schlecht, krank, unentwickelt gewesen, jetzt gediegen, gesund, entwickelt oder gestorben sein. Seine Geschichte also: Geburt, Abkunft, Erziehung u. s. w. mag ebendeßhalb allerdings zur Erläuterung seines gegebenen Daseins unerläßig sein; ersetzen aber kann dieselbe die Schilderung seines jetzt gegebenen thatsächlichen Zustandes nimmermehr; ja seine Geschichte würde den gegebenen Menschen jetzt nothwendig — wenigstens theilweise — unwahr wiedergeben, weil jetzt nothwendig sein Alter und seine Entwicklung, möglicherweise auch seine Verhältnisse verändert sind gegenüber seiner Geschichte. — — Ganz das Gleiche tritt ein bei jedem einzelnen Institute des Rechts. — — Treffend läßt deß-

oder erst gestern ein Herrscher geworden ist, ist er deßhalb in der thatsächlichen (positiven) Wirklichkeit Herrscher? Offenbar nur, wenn dieß die „Erfahrung" der jüngsten Gegenwart, — des Heute — bestätigt, nicht bloß die „Geschichte" schlechthin!

So auch im Prinzipe mit der Herrschaft des Rechts: welches Recht herrscht, gilt oder positiv ist, läßt sich nicht aus dem vagen, unbegrenzten Zeitraume der Geschichte, sondern nur aus einer unmittelbaren Anschauung oder „Erfahrung" des Lebens oder des jüngsten Momentes der Geltung des Rechtes ersehen; letzterer allein ergiebt das punctum saliens der Zeit.

So erklärt es sich, wie wir an dem Grundsatze festhalten müssen, daß ein überliefertes Rechtsbuch, ein corp. jur. u. s. w., nie schon als solches und um seiner selbst willen positives Recht ist, sondern nur durch seine fortdauernde Geltung in der Gegenwart; eine Fortdauer, welche uns nicht die Geschichte, sondern eben nur die Erfahrung der Gegenwart, die Empirie lehrt. — In „jeder" einzelnen Rechtsquelle zeigt sich ja, daß nicht die Geschichte, sondern der, der „Erfahrung" sich darbietende jüngste Moment der Herrschaft entscheidet, so daß es kaum glaublich erscheint, wie man die unbegrenzte „Geschichte" als den thatsächlichen Grund der Gel-

halb u. a. Laboulaye (Paris in Amerika) durch einen Ankläger (Staatsanwalt) das histor. Gebahren geißeln: „Ich bin entzückt über Ihre sinnreiche Entdeckung... Bei der ersten Gelegenheit werde ich Ihrem Beispiele folgen... Einen Menschen bei seiner Geburt fassen, das Laster, den Irrthum, die schlimme Meinung bei der Wurzel anpacken, ihre ganze Entwickelung beschreiben und darlegen, das ist wunderbar. Ich glaube nicht, daß Jemand unversehrt aus einer solchen historischen Beurtheilung hervorgehen kann; mit Ihrem Verfahren mache ich mich anheischig, zu beweisen, daß Cato ein Schuft und Sokrates ein Atheist war!!

tung unseres Rechts bezeichnen konnte: denn es herrscht doch erfahrungsgemäß das „jüngste" Gesetz, nicht an sich schon das geschichtliche (lex posterior derogat priori); ebenso beseitigt das „jüngste" Gewohnheitsrecht das überlieferte, und endlich geht die „jüngste" bessere Ueberzeugung innerhalb der Rechtsquelle der Wissenschaft der überlieferten als solcher vor. Das Produkt jeder dieser Rechtsquellen kann in jedem Momente einer Veränderung unterliegen; darum entscheidet im Principe überall nicht die Geschichte schlechthin, sondern die Empirie der Gegenwart.

So erklärt es sich wohl, wie bisher häufig die schlichteste, mit der Erfahrung vertraute Praxis, ja selbst — trotz seiner Kritiklosigkeit und seiner Mängel — der usus modernus pandectarum des verflossenen Jahrhunderts, unbewußt hie und da das positive Recht richtiger darzustellen vermochte, als der nach bewußten Prinzipien handelnde Historiker, selbst einen Savigny nicht ausgenommen, und erklärt es sich, mit welcher Unbefriedigung bisher der Praktiker die Produkte der herrschenden Theorie mit geschichtlichem Inhalte in die Hand nehmen mußte, soweit die jetzige Rechtsentfaltung von der geschichtlichen abweicht. So ersehen wir, wie seit dem Beginne unseres Jahrhunderts manche Rechtsanschauung der Praxis, ein Seuffert, Gönner u. s. w. — gegenüber der herrschenden historischen Schule — zwar im theoretischen Kampfe unterlag, wie aber in der Praxis selbst die frühere Theorie nie unbedingt beseitigt werden und theilweise noch mit Recht die Oberhand behalten konnte; wie der Sieg der Geschichte überhaupt vielfach nur ein Scheinsieg war, weil derselbe neben den anerkennenswerthesten Wahrheiten theilweise auch nur halbe Wahrheiten zu Tage förderte, welche wie eine halbe Bildung der ganzen Wahrheit mehr Schaden brachte, als selbst die naturwüchsichste Unbildung; daß die Heilmethode der historischen Schule dem Arzte glich, welcher am

lebenden Körper zwar einzelne Auswüchse beseitigte, dafür aber unabsichtlich den ganzen Körper lähmte, und daß eine Reaktion nothwendig sein werde, um Theorie und Leben, Darstellung und positive Wirklichkeit dereinst wieder zu versöhnen und ein wahres Recht darzustellen. So mußten wir endlich schon oben offen bekennen, wie selbst auch Savigny's treffliches System eines „heutigen röm. Rechtes" als positives System doch in seinem Prinzipe einen inneren Widerspruch hegen mußte; denn wenn ein positives System ein in sich abgeschlossener, lebender Organismus ist, so — kann dieser nicht römisch sein, wenn er ein heutiger — und nicht ein heutiger sein, wenn er ein römischer — ist, weil ein Organismus nie eine reelle, mechanische Theilung zuläßt, sondern dessen durchgreifende Prinzipien das Römische und Heutige zu einer neuen organischen Einheit so zu sagen specificirt, welche heute nicht mehr römisch sein kann.

Im Einzelnen mag der Standpunkt der Empirie hiebei noch vor manchem Mißverständnisse zu wahren sein. — So geht die Empirie z. B. 1) immerhin mit der historischen Richtung, insofern auch sie das Anerkenntniß des Positiven im Rechte überhaupt den Verdiensten der historischen Schule dankt, und beide Richtungen bei dem Vorhandensein positiver Satzungen (Gesetz, Gewohnheitsrecht und allenfalls dem Rechte der Praxis im Sinne Thöl's) Front machen gegen eine willkürliche Philosophie, dem früheren Naturrechte; — nur in ihrer Begründungsweise unterscheidet sich dieselbe auch hier von der historischen Richtung; weil die Empirie, wie bemerkt, das überlieferte Recht nur deßhalb als positiv anerkennt, weil es jetzt gilt, die historische Schule dagegen schon deßhalb, weil es überhaupt in der Geschichte gegeben ist. — Unsere Erfahrungswissenschaft anerkennt aber zugleich 2) die erfahrungsgemäße, positive Berechtigung der Philosophie gegenüber einer ungegründeten äußeren Autorität der Geschichte, da, wo das positive

Recht nach positiven Grundsätzen nicht durch historische Schranken (Gesetz, Gewohnheitsrecht) beschränkt ist, d. i. da, wo die Rechtsquelle der Wissenschaft Platz greift: das (auch von der historischen Schule anerkannte) Recht der Wissenschaft ist in der Wirklichkeit wohl größtentheils Philosophie; denn in ihr entscheidet der bessere innere Grund, nicht die bloße äußere Autorität einer nicht zugleich innerlich begründeten Ueberlieferung. — Obwohl es also richtig ist, daß das geltende Recht nicht aus der Willkür (Naturrecht), sondern (wie die historische Schule lehrt) aus dem, was thatsächlich „Geltung" hat, ersehen werden kann, so ergibt doch eben die wirkliche Beobachtung und Erfahrung dessen, was thatsächlich „gilt", (eben diese Empirie), daß in der eben angedeuteten beschränkten Sphäre die Philosophie in der That als ein Theil des positiven Rechts gegeben ist. — Endlich ist 3) die wissenschaftliche Empirie im Grunde mit der, sich Rechenschaft gebenden, lebenden Praxis identisch; sie geht aber selbst gegen eine Praxis, soweit letztere gedankenlose Routine ist, und der äußeren Autorität einer früheren Entscheidung mehr maßgebenden Einfluß beilegen will, als den zu anderem Resultate führenden positiven Rechtsgründen der Rechtsquellen: des Gesetzes, der Gewohnheit und der Wissenschaft; auch die positive Empirie hat also ihren Wesen zufolge nicht minder so lange an den bisherigen Rechtsquellen, — an einem (gleichviel ob überlieferten) Gesetze, Gewohnheitsrechte oder Rechte der Wissenschaft — zu haften, als sie nicht, auf positive Rechtsgründe sich stützend, eine Abweichung von dem Ueberlieferten juristisch zu rechtfertigen vermag, eine Routine rechtfertigt somit bei dieser Empirie eine Abweichung sicherlich nicht.

Damit werden wir, wie im Allgemeinen, so auch speciell für die Darstellung der positiven Lehre der actio neg. u. conf. das richtige materielle Prinzip gefunden haben: Wir müssen

diese Lehre unmittelbar aus dem Leben oder nach deren thatsächlicher Geltung darstellen; — so wie sich die Negatorien- und Conf.-Klage in den positiven Rechtsquellen der Gegenwart wirklich gegeben findet. — Es fragt sich uns jetzt nur: „wie" hat dieß formell zu geschehen?

B. Methode.

Wie das positive Recht empirisch finden? — Die Möglichkeit einer Empirie im Rechte ist bei der Beurtheilung meiner früher erwähnten Schrift von verschiedenen Seiten in Zweifel gezogen worden: man verzweifelte an deren Möglichkeit; und dieß doch einzig in unsrer Jurisprudenz, während fast alle anderen Fachwissenschaften der Neuzeit längst — und wohl nirgends zum Schaden der Wahrheit — auf empirischer Grundlage ruhen!

So glaubt unter andern Bekker (a. a. O. S. 470), daß das Bestehen eines Rechtes in der Gegenwart selten direkt zu ermitteln sei. — Selbst eine wohlwollendere Beurtheilung[8]) meiner Grundanschauungen hat es als einen Mangel dieser Lösung erachtet und der empirischen Methode ausdrücklich den Einwand entgegengehalten: dieselbe erscheine deßhalb unmöglich, weil ich vergessen, „die Recepte für meine Medicin" mitzutheilen. — Andere sehen wenigstens in der Praxis nicht ein allein erschöpfendes Hülfsmittel. So klagt im Allgemeinen (ohne Beziehung auf diese Untersuchungen) die Vorrede der trefflichen Pandekten Windscheid's (2. Aufl. S. VII) — während sie zugibt, daß das abgestorbene Recht rascher beseitigt werden müsse, als dies auf dem Wege eines Gewohnheitsrechtes möglich sei, welches sich hauptsächlich auf die Wege der Praxis

8) Eine anonyme Recension in der (Wiener) allg. Litteraturzeitung XII (1865) S. 427.

angewiesen sehe — über „diese viel genannte und doch wie oft unauffindbare Praxis". — Endlich fürchten wieder andere Recensenten meines Versuches, es werde die positive Rechtsdarstellung durch eine Erfahrungswissenschaft Schaden leiden und das Recht von ihr allzusehr fluktuirend aufgefaßt werden. —

Vor Allem nun lasse man die letzteren Besorgnisse, als ob durch eine Empirie des positiven Rechts das letztere als ein „zu flüssiges" gedacht werde! — Ohne das Positive zu respektiren, wäre unzweifelhaft auch keine Empirie, — keine „Wissenschaft der Erfahrung dessen, was thatsächlich gilt" — denkbar. Jede einzelne Rechtsquelle vielmehr muß auch von ihr ebenso gewissenhaft, ja noch mehr respektirt werden, als zuvor: denn auch erfahrungsgemäß gilt entweder das Gesetz, oder das Gewohnheitsrecht, oder, wo beide schweigen, subsidiär das Recht der Wissenschaft. An diesen bisher positiven Grundgesetzen also wird eine unmittelbare Beobachtung und Erfahrung des Positiven unmöglich etwas ändern. Ganz im Gegentheil: deren Kritik wird eine schärfere sein müssen, damit die einzelne Quelle richtiger angewendet werde; insbesondere wird es uns nicht mehr genügen, irgend ein überliefertes Institut oder einen überlieferten Rechtssatz aus keinem anderen Grunde, als weil derselbe geschichtlich überliefert ist, ungeprüft als das heute noch „Gegebene" der Gegenwart zur Anwendung vorzusetzen; ohne näher zu untersuchen, ob alle obigen Rechtquellen denn eigentlich heutzutage dieses positive Recht endgiltig rechtfertigen. — Anderseits wird aber doch gleichzeitig nicht außer Acht zu lassen sein, daß schon das bisherige positive Recht — auch das der historischen Schule — in einzelnen Sparten in der That schon von jeher ein fluktuirendes war und ein solches verbleiben wird, wenn man sich auch dieses Schwankens wegen der vermeintlichen

historischen Basis bisher nicht hat bewußt werden wollen. — Namentlich ist dieß der Fall innerhalb der von der historischen Schule selbst von jeher anerkannten Rechtsquelle der Wissenschaft; hier insbesondere entstehen Controversen und wechseln die Entscheidungen der Theorie wie die Präjudicien der Praxis fortwährend, so lange nicht eine Gesetzgebung fixirt; ja dieses Schwanken hat sogar die historische Schule noch mehr, als jede andere Richtung, begünstigt, indem sie den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung leugnete. — Diese Art des Fluktuirens aber ist eine Naturerscheinung und eine Naturwahrheit, an welcher wir nichts ändern werden, selbst wenn wir dieselbe ableugnen wollten, und uns mit der historischen Schule der Illusion hingeben: das wissenschaftliche Recht ist schon durch die „Geschichte gegeben". — Fluktuirt doch auch jede andere menschliche „Herrschaft" mehr oder weniger; der Herrscher Frankreichs von gestern z. B. ist es heute nicht mehr. Wenn aber dieses gleiche Fluktuiren bis auf die Herrschaft des positiven, von Menschen festzusetzenden, Civilrechts herab fühlbar wird, so werden wir daran nichts ändern, wenn wir, uns selbst betrügend, deßhalb einer falschen Methode huldigen wollten; denn alsdann würde das Recht dennoch (nach wie vor) fluktuiren, und wir hätten — zu derselben den Menschen unabwendbaren Mangelhaftigkeit unsrer Rechtserkenntniß nur noch einen zweiten Nachtheil — nur noch die Nachtheile einer Unwahrheit unsrer Erkenntniß dazu.

Suchen wir demzufolge zunächst nach den „**Organen**", welche uns das lebende Recht empirisch auffinden werden. — Ist die Praxis allein das geeignete Organ, oder wer sonst? —

Allerdings werden wir, was die oben erwähnte Klage Windscheids anbelangt, dessen Klage als berechtigt anerkennen müssen. Das nämlich, was von der Praxis in die Oeffentlichkeit gelangt, wird das lebende Recht nicht einmal quantitativ

erschöpfen; ja noch mehr wird — selbst von dem Praktiker — zugegeben werden müssen: auch selbst qualitiv ist die Praxis nicht immer eine Fundquelle des lebenden Rechtes, welche unfehlbar ist und ohne Kritik benutzt werden darf.

Warum wir dies nebenbei werden zugestehen müssen? — Allerdings wird anzuerkennen sein, daß die Beachtung der Praxis der Theorie wirkliche Vortheile bringen wird. Deren Beachtung wird regelmäßig leichter vom Antiquarischen ab und zum thatsächlich geltenden Rechte hinführen; dieselbe wird insbesondere der Theorie die Vortheile einer Vergleichung und die werthvolle Bestätigung bieten, daß das eine oder das andere urtheilende Gericht nichts von einem entgegenstehenden Gewohnheitsrechte oder überhaupt nichts von einem Contraste zwischen Ueberlieferung und Leben im Rechte in Erfahrung gebracht hat. — Nichtsdestoweniger aber müssen wir gleichzeitig anerkennen, daß doch auch nicht einmal nothwendig jede Auffassung der Praxis das lebende Recht richtig auffinden wird: — denn 1) auch das einzelne „Urtheil" kann „falsch urtheilen", also das wahre Recht überhaupt verkennen; oder aber dasselbe kann 2) zwar materiell das wahre Recht finden, aber dieß Recht wenigstens äußerlich in unrichtige Rechtsbegriffe, in eine irrige Rechtssprache einkleiden: wie vieles einheimische Gewohnheitsrecht z. B. ist bekanntlich Jahrhunderte lang sowohl von der Theorie als von der Praxis unter unrichtigen fremden, römischen u. s. w., Formeln fortgeführt und so von beiden das lebende Recht vergewaltigt worden.

Deßhalb hatte zwar die historische Schule im Allgemeinen immerhin Recht, wenn sie u. a. die Jurisprudenz, richtig also: neben der Theorie auch die „Praxis", als die jeweilige Trägerin, als das Organ, der Rechtswissenschaft überhaupt bezeichnet. Daraus folgt aber nicht, daß nicht auch die letztere menschliche Trägerin des Rechts, ganz ebenso, wie die Theorie,

gleichfalls menschlich irren kann. Wir müssen uns vielmehr auch hier das klar vor Augen legen: Rechtswissenschaft in Theorie und „Praxis" ist nur die viva vox, die jeweilige menschliche Auffassung des thatsächlich geltenden Rechts; und — wie jede bloße Auffassung das thatsächliche Recht mehr oder weniger geschickt in Rechtsbegriffen und in der Rechtssprache reproduciren wird, wie die Schilderung nicht immer dem zu schildernden Urbild selbst gleicht, und in Zweifelsfällen stets das Urbild, nicht dessen individuelle Auffassung durch eine Schilderung, zu Rathe zu ziehen ist, — so hat gleichzeitig auch Beseler Recht, daß die Rechtswissenschaft, (damit auch die „Praxis"), nicht immer als der wahre Ausdruck des (thatsächlichen) Volksrechtes zu erachten ist.

Ergibt sich so, daß die Praxis lediglich neben der Theorie eine Darstellerin oder eine Copie des thatsächlichen Rechtes darstellt, so folgt hieraus wieder ein Doppeltes:

einmal: daß eine Beobachtung der Praxis durch die Theorie (der Copie durch eine andere Copie) an und für sich allein die Rechtsdarstellung nicht einmal zu einer genügenden, geschweige einer an sich unfehlbaren, machen könnte; vielmehr wird richtiger stets das Urbild selbst (die Rechtsquelle) maßzugeben haben: denn da, wo die Rechtsquelle des Gesetzes entscheidet, wird das bessere Urbild wohl das Gesetz selbst bieten müssen; wo Gewohnheitsrecht, findet sich das primär Maßgebende, auf welchem die in den Präjudicien enthaltenen Zeugnisse selbst fußen müssen, in der thatsächlichen Ueberzeugung und Uebung der Gesammtheit; und endlich innerhalb der Rechtsquelle der Wissenschaft entscheidet ohnehin nur der beste innere Grund endgültig, nicht unbedingt die Thatsache, daß die Praxis in dieser Weise entschieden hat. — Kurz die Praxis an sich, (wie die Geschichte), ist keine originäre Rechtsquelle, aus welcher die Theorie schöpfen könnte; ihr Inhalt ist

selbst wieder nur die Anwendung einer Rechtsquelle. Derselben kommt — mit der Theorie — lediglich die gleiche Aufgabe zu, das Recht aus diesen Quellen darzustellen. Deßhalb kann das positive Recht nicht unbedingt nach ihr dargestellt werden. —

Anderseits folgt aber aus demselben Umstande, — um nun auf unser eigentliches thema probandum zurückzukommen, — weiter dieses: daß keineswegs blos der Praxis die Aufgabe zukommen kann, und letztere allein das „Organ" zu sein hat, um das lebende Recht (empirisch) nach seinem wahren Urbilde darzustellen, sondern daß diese Aufgabe allerdings mit der Praxis Hand in Hand „auch die Theorie zu theilen hat", wenn sie überhaupt positives Recht darstellen will, und wenn sie sich nicht von falschen Prinzipien über die Darstellung dessen, was positiv ist, zunächst von der historischen Schule, irre leiten lassen will. — Warum sollte denn die Theorie nur überliefertes Recht geschichtlich verfolgen, nicht das wahre positive Recht, gleichviel, ob auf das betreffende Institut bisher eine Ueberlieferung angewendet wurde oder nicht, unmittelbar nach seiner thatsächlichen Geltung darstellen dürfen? — —

Und hiezu ist allerdings auch die Theorie sehr wohl in der Lage. — Denn: hat die Praxis zwar einerseits durch den steten Verkehr mit dem Leben einigen Vortheil voraus, so hat doch anderseits auch die Theorie in ihrem Berufe, insofern sich dieselbe mehr, als die Praxis, zum Studium der Geschichte und zur Pflege des System's hingeführt sieht, Vortheile für sich, welche sich unmittelbar zur Förderung einer empirisch wahren Rechtsdarstellung verwerthen lassen. — Gibt es ja doch überhaupt 2 Wege zur Enthüllung des wahren, geltenden Rechtes, einen direkten und einen indirekten. Nicht immer liegt ein, von der Ueberlieferung verschiedenes, lebendes Recht so von aller Umhüllung gereinigt in der Praxis gleichsam auf der Ober-

fläche auf, daß man es nur der Praxis direkt abzusehen und zu schildern vermöchte, wie dieß vielleicht in dem unten (Anhang III) beigefügten Beispiele der Alimentenklage außerehlicher Kinder u. s. w. der Fall sein dürfte. Hie und da kann dieß möglicherweise der Fall sein; häufig aber ist das lebende Recht äußerlich, insbesondere durch geschichtliche Ueberlieferung, geradezu verdeckt; — und in diesem Falle ist es vorwiegend die Theorie und besonders die Geschichte, welche mittels ihrer „historischen Kritik" zeigt, welch' ganz anderen Zwecken eine heute dem Leben aufgenöthigtes Institut in der Vergangenheit selbst, in Rom oder sonstwo, diente. — Dann erwächst aber der Theorie ganz ebenso die empirische Aufgabe, zu zeigen, daß das Ueberlieferte mit dem heutigen Leben nicht mehr identisch sein kann, die Aufgabe: nun das lebende Recht kritisch von der scheinbaren historischen Hülle los zu schälen, und so das heutige Recht erst frei und selbstständig darzustellen. (Ein Beispiel vermag uns vielleicht unten — Anhang II — sogar die Lehre des Besitzes zu bieten.) Hier somit einer der indirekten Wege, auf welchem die Theorie regelmäßig sogar weit eher, als die, weniger auf die Geschichte hingewiesene, Praxis die Wahrheit der einheimischen Rechtsdarstellung fördern kann. — Und dieser Weg ist nicht der einzige; ich erinnere daran, wie dieß auch noch auf anderen Wegen, — namentlich aus einer systematischen Betrachtung des Rechts, mittels sog. „juristischer Consequenz" und „Abstraktion", — theoretisch erreicht werden kann; wie z. B. vielfach modernes Recht aus allgemeinen modernen Prinzipien völlig neu erschlossen (m. vgl. etwa Bähr's Anerkennungsvertrag Anhang IV), oder umgekehrt aus den einzelnen casuistischen Anwendungen die Haltbarkeit eines überlieferten Prinzips (z. B. etwa des Rechtes der Persönlichkeit Anhang I), geprüft werden kann. — Alle diese Fälle erhärten klar, daß nicht blos die Praxis, sondern vor allem auch

eine nicht mißleitete Theorie das „Organ" ist und zu sein hat, um das geltende Recht gegenüber einer nicht mehr berechtigten Ueberlieferung empirisch, unmittelbar nach dem Leben, darzustellen.

Wie nun das „**Recept**" hiefür finden? — Allerdings ist es auch hier wieder richtig: unmittelbar zu befolgende technische Lehren, mittels deren sich in jedem Falle das Recht nothwendig wahr — unmittelbar aus dem Leben — darstellen lassen muß, sind überhaupt nicht zu finden. Das „Treffen" des wahren „Rechtes" ist: Sache der juristischen Kunst, nicht Sache einer bloßen Technik. Zwar gibt es allerdings technische Vorschriften über die Benutzung der Rechtsquellen, über Interpretation, juristische Consequenz, Abstraktion, Construktion des Rechtes u. s. w.; ähnlich etwa, wie es in der schönen Kunst Regeln für die Verwerthung der Farbe, die Maße der Plastik u. s. w. gibt. Allein: verlangen wollen, das Erfahrungswissen im Rechte solle seine „Recepte" darlegen, mittels deren sich die Kunst einer wahrheitsgetreuen Rechtsfindung ein für allemal üben läßt, sonst sei das Erfahrungswissen des positiven Rechts, die Empirie, überhaupt nicht möglich, hieße: der Künstler, Maler u. s. w. solle seine „Recepte" kundgeben, mittels deren er das Leben sprechend im Bilde und in der Plastik vor unseren Augen reproducirt, sonst gibt es überhaupt keine Kunst! Und doch gibt es eine Kunst der Malerei und Plastik ohne Recepte, und — wird es nicht minder eine „juristische Kunst" — (ohne solche Recepte) — geben! —

Ueberhaupt entscheidet allerdings nicht unbedingt das Wie des Weges — und nicht jedesmal der Weg allein schon — für den Erfolg und das Gelingen. Ein angebornes Talent ist vielleicht häufig von jeder Methode unabhängig; ein glücklicher Wurf ersetzt ihm oft alle Berechnung und Erfahrung. Ein an sich Blinder dagegen umgekehrt wird vielleicht, wenn er auch

über den Weg nach so sehr unterwiesen wird, das Ziel überhaupt niemals finden. — Zu dem richtigen Ziele werden ferner selbst innerhalb einer und derselben Richtung verschiedene Pfade benutzbar sein. Ein Kierulff mag, wie schon angedeutet, aus modernen, allgemein anerkannten Prinzipien völlig modernes Recht darstellen; in anderen Fällen wird umgekehrt, wie erwähnt, aus speciellen Anwendungen ein modernes positives Prinzip construirt werden; auf einem dritten Wege endlich wird, wie erwähnt, selbst die Geschichte mittels historischer Kritik ein völlig modernes Recht zur Anerkennung fördern. — Ja im Einzelnen wenigstens werden selbst entgegengesetzte und prinzipiell unzureichende Richtungen keineswegs stets das rechte Ziel verfehlen. Der Anhänger des Naturrechts: Weber z. B. hat die Lehre der modernen Injurie wahr und richtiger dargestellt, als die ganze folgende historische Schule; und anderseits da, wo das überlieferte Recht unverändert gilt, (römisches Obligationenrecht u. s. w.), werden die Darstellungen der historischen Schule vielleicht stets unübertroffen bleiben.

Aber nichtsdestoweniger wird im Allgemeinen angenommen werden müssen, daß derjenige, welcher sich über den richtigen Weg orientirt, das Ziel regelmäßig leichter und richtiger findet, als der auf Gerathewohl Suchende, und daß das geschulte Denken und Finden des Rechts es ist, welches — regelmäßig wenigstens — weniger leicht von der Wahrheit abführt, als das ungeschulte. — Und allerdings gibt es und hat es von jeher gemeinsame allgemeine Grundzüge für die verschiedenen Wege gegeben, welche die Darstellung des positiven Rechts in ihren verschiedenen Richtungen einzuschlagen pflegt. — (Während nämlich deren Grund-Prinzip die materiellen Grundzüge einer Richtung zeigt, zeigt deren „Methode" den Weg, den formellen Prozeß oder den modus procedendi, mittels

dessen sie jene materiellen Prinzipien für die Anwendung zu verwerthen sucht; und ein solcher allgemeiner Grundzug wird sich auch für unsere Empirie nicht verkennen lassen.) —

So war der Weg oder Prozeß, auf welchem das Naturrecht sein vermeintlich positives Recht darzustellen versuchte (die Methode der Naturrechtsschule): die Philosophie. — Diesen Weg werden wir, wie schon gesagt, im positiven Rechte regelmäßig nicht betreten können, weil derselbe im Grunde ein Weg der Zukunft, der lex ferenda ist, welchem wir nur in der Rechtsquelle der Wissenschaft eine unmittelbare positive Berechtigung zuerkennen konnten. — Der Weg der historischen Schule dagegen erschien ein umgekehrter, vorwiegend ein Weg nach Rückwärts: die Verfolgung der Geschichte ohne Beschränkung durch die Zeit. — Dieser Methode erkannten wir eine Berechtigung und eine Nothwendigkeit zu behufs der „Erläuterung" und des Verständnisses des überlieferten Rechtes; aber zum Positiven schien derselbe uns mit Sicherheit oder Nothwendigkeit, wie schon zur Genüge ausgeführt, gleichfalls nicht zu führen. — Die Methode endlich, welche eine Empirie des positiven Rechts wird einschlagen müssen, ist eine unmittelbare Beachtung der „Rechtsquellen" der thatsächlichen Gegenwart an der Stelle der bloßen Ueberlieferung, ohne deßhalb wie bemerkt Philosophie und Geschichte in ihrer richtigen Beschränkung zu mißachten.

Wenn wir dieser Methode der Empirie nun, wie oben bemerkt, auch in den Einzelnheiten völlig freien Spielraum lassen wollen, so müssen wir als deren allgemeinen prozessualen Grundzug doch gewiß wenigstens soviel verlangen, daß die heutige Darstellung des positiven Rechts diesen Weg der thatsächlichen Beobachtung des Rechtes der Gegenwart doch wenigstens regelmäßig überhaupt nur jedesmal betrete und versuche. Wenn das positive Recht „lebt", so müssen

wir dasselbe doch vor Allem in seinem Leben betrachten, bevor wir die Geschichte maßgeben lassen! — Legen wir uns deßhalb diesen Gang oder modus procedendi der Empirie praktischer zu Recht. —

Unter der Herrschaft der bisherigen historischen Schule mußte jede Monographie der Schule, wenn sie entsprechen sollte, einen besondern Theil, Abschnitt oder eine specielle Untersuchung, über die Frage enthalten: wie findet sich das darzustellende Recht in der Geschichte überliefert vor? — Dieser Abschnitt hat in jeder allseitig erschöpfenden Monographie auch jetzt, nach wie vor, zu verbleiben; — wenn auch nicht als die entscheidende Hauptfrage. — Wir müssen auch jetzt noch wissen, welchen Zweck und Sinn erfüllte ein aus Rom recipirtes Institut in Rom, ein germanisches bei unseren Ahnen, um damit, wie bereits bemerkt, in vorneherein kritisch prüfen zu können, ob das Institut noch für unsere Verhältnisse anwendbar ist, um uns über dessen eigentliches Wesen vergleichend zu belehren und den Gesichtskreis zu erweitern. — Aber damit eben ist das positive Wesen dieses Institutes noch nicht erschöpft, ja ist der positive Boden noch nicht einmal nothwendig betreten. Sondern erst jetzt kommen wir zur Hauptfrage der positiven, empirischen Methode: welches Recht, welches Institut ist für diejenigen thatsächlichen Verhältnisse, für welche bisher das betreffende überlieferte römische oder sonstige Institut angewendet war (und heutzutage etwa von der historischen Schule schon zufolge seiner historischen Ueberlieferung noch fortwährend als positives respektirt wird), heutzutage in der Wirklichkeit das geltende? — Und auch dieser Frage wird von nun an wohl in jeder Monographie ein „Abschnitt" oder doch wenigstens eine „Anregung" gewidmet werden müssen, wenn die positive Darstellung erschöpfen soll, weil diese Frage, wie

bemerkt, eben erst die wirkliche Grundfrage des positiven Rechts ist.

Eben in Folge der Vernachlässigung dieser eigentlichen Grundfrage trifft ja die historische Schule, namentlich Angesichtes der reichen Rechtsentfaltung der Gegenwart, mit Recht der Vorwurf, daß deren Abhandlungen die positive Darstellung nicht erschöpft, ja die positive Basis des Rechts principiell überhaupt noch nicht stets betreten haben. — Wie viele Monographien regen denn diese allein entscheidende Grundfrage neben der geschichtlichen Untersuchung bisher überhaupt nur an? Wie viele Romanisten verstehen noch heute in der Anwendung unter den Quellen des Rechts etwas anderes, als das corpus juris, diese „Quelle" der historischen Schule κατ' ἐξοχήν, selbst wenn dieselben theoretisch nebenbei das Leben als die Basis des Rechts anerkennen? — Darin eben haben wir schon oben, der Methode nach, die Symptome der fortdauernden Herrschaft der historischen Schule gefunden, sowie die Andeutung des Weges, welchen, an der Stelle der herrschenden Richtung unserer Jurisprudenz, eine wahrhaft positive Methode sich zu Eigen zu machen haben dürfte.

Und wenn wir demzufolge von dem Fortschreiten unserer Rechtswissenschaft auch heutzutage noch immer die Lösung einer doppelten Vorfrage voraussetzen, einer historischen und der empirischen, so ist doch die Methode der Empirie gegenüber derjenigen der historischen Schule in ihrer „Basis" insofern geradezu „umzukehren", als — während die Rechtsdarstellung der historischen Schule regelmäßig auf der geschichtlichen Basis allein ruht, und nach der Leitung Savigny's zumeist den ursprünglichen Gedanken eines Institutes wieder zur Geltung zu bringen suchte — wir nunmehr geradezu umgekehrt die Basis der Empirie des jetzt geltenden Rechts oder die Ermittlung des jetzt herr=

schenden Gedankens des Positiven oder jetzt Geltenden als die allein entscheidende Grundlage, die Kenntniß einer historischen Basis aber nur als deren wesentlichstes Hülfsmittel, werden erachten müssen.

Allerdings wird und soll diese Stellung der eigentlichen positiven Grundfrage anderseits keineswegs stets einen neuen, das Bisherige umwälzenden, Erfolg erzielen; (wenn dieselbe auch stets angeregt werden soll, weil sie die Hauptfrage ist, und sicher hie und da mit mehr Erfolg angeregt werden wird, als bisher die Erforschung der leges restitutae u. s. w. für das überlieferte Institut). — Aber die Erfolglosigkeit der Forschung nach Wahrheit in Einzelheiten darf uns doch sicher nicht an einer solchen Erforschung überhaupt hindern. Selbst auch negative Resultate im Einzelnen sind nach Savigny Resultate; sie bestätigen uns hier wenigstens, daß wir die Untersuchung des Positiven erschöpft haben; denn wenn auch die empirische Erforschung eines einzelnen Institutes nichts Neues ergeben, sondern das Ueberlieferte in einer fortwährenden Geltung bestätigen wird, sind wir dennoch um einen Schritt weiter, weil wir erst dann die Gewißheit haben, daß wir in diesem Institute nicht mit dem Leben contrastiren, und dann erst wissen, daß wir den wahrhaft positiven Boden „beschritten" haben. — Allerdings müssen wir uns ferner hüten, auf die Verbesserung einer Behandlungsweise überhaupt überschwängliche Hoffnungen zu bauen. — Aehnliche überschwängliche Erwartungen sind ja schon einmal dagewesen; und zwar eben bei dem Auftauchen der historischen Schule selbst, als der Historiker Hugo seine Angriffe gegen den großen Pandektencommentar, die Methode und die Legalordnung, Glücks richtete. So wenig der historischen Schule Verdienste abzusprechen sind, so hat doch Stintzing gelegentlich mit Recht darauf hingewiesen, wie verhältnißmäßig wenig die historische Schule seit ihrem

Entstehen an dem damaligen Rechte materiell änderte. Wenn sich aber die historische Schule, trotz dieses ihres, im Verhältnisse mäßigen, Neuerungs-Erfolges, doch wohl selbst von jeher als berechtigt erachtet haben wird, an den früheren Grundprinzipien des positiven Rechts zu bessern, so wird gleichzeitig bei den nunmehr sichtlichen Mängeln unserer Jurisprudenz am wenigstens sie die Berechtigung haben, eine spätere Fortbildung derselben Grundprinzipien als unberechtigt zu erachten: denn sie selbst würde damit ihr Auftauchen gegenüber der früheren Richtung als ein unberechtigtes negiren. — Ueberhaupt somit, selbst wenn nur Einzelnes erzielt werden sollte, müßte es der Würde der Rechtswissenschaft entsprechen, bis zu wahren Grundanschauungen vorzudringen. — Und endlich kann man auch nicht schon jetzt überall praktische Resultate verlangen wollen, bevor nur die Neuzeit überhaupt noch an die Arbeit gegangen ist, und an eine empirische Rechtswissenschaft sofort das Ansinnen stellen wollen, ihre Erfolge durch das ganze Rechtssystem nachzuweisen. Man bedenke vorläufig: jede erschöpfende Darstellung eines Rechtsinstitutes würde eine Monographie, und schon eine einzelne erschöpfende Monographie würde bekanntlich nahezu die Thätigkeit eines Mannesalters erfordern; denn wie viele unserer besten Juristen haben mehr als eine Monographie zu Tage gefördert! Erst, wenn einmal in so vielen einzelnen Instituten die empirische Grundfrage erforscht sein wird, wie dieß bisher bezüglich der historischen bereits geschehen ist, erst dann läßt sich mit Sicherheit bemessen, zu welchen Resultaten die Empirie führen wird.

Aber praktische Erfolge wird das Fortschreiten zu einer wahrhaft empirischen oder positiven Grundlage des Rechts sicher immerhin bieten: sowohl im großen Ganzen, als im Einzelnen.

Im größeren Ganzen kann sich so wohl allein die

Theorie mit dem Leben wieder vermählen, und kann die Rechtsdarstellung so allein vielleicht das Recht in der Vollendung einfach, faßlich und wahr, gestalten, daß wir dereinst etwa an eine Möglichkeit werden denken können, dasselbe selbst einer Civiljury zur Anwendung vorzusetzen; eine Möglichkeit, an welche wir bei dem jetzigen Zustande unseres Civilrechts noch schwerlich werden denken können; denn wie vermöchte z. B. ein rechtsungelehrter Geschworner, Schöffe u. s. w. etwa in einem Besitzstreite nach Savigny's Theorie des Besitzes einen Wahrspruch abzugeben? — In dieser Wahrheit und Einfachheit eines Rechts allein wird dereinst dessen Größe sowie dessen Werth für die Bedürfnisse eines Volks zu suchen sein.

Sollten dafür, daß die Empirie bessere Resultate bieten werde, als die historische Schule, Belege verlangt werden, so kann man lediglich auf specielle Institute verweisen, bei welchen eine empirische Behandlung zu einem richtigeren Resultate führen wird. — Ich unterlasse es gerne, Belege aus jener extremsten historischen Richtung anzuführen, welche in der That völlig antiquarisches Recht bewußt als positives verwerthet, (nachdem ich bereits oben in der Note 1 wenigstens auf solche Möglichkeiten hingewiesen habe). Jene antiquarische Richtung ist, darin will ich Bekker mit Freuden Recht geben, heutzutage, abgesehen vom Vereinzelten, ein mehr oder weniger überwundener Standpunkt. — Aber auch abgesehen von diesen extremen Abirrungen ist, wie bereits bemerkt, jetzt eine wirkliche Herrschaft und Methode der historischen Richtung regelmäßig noch immer fühlbar und von nachtheiliger Wirkung: durch die Unentschiedenheit und das Schwanken dieser Theorie zwischen Rechtsprodukten der Geschichte und Empirie; dadurch, daß die herrschende Theorie, sobald sie ein überliefertes Institut vor sich hat, wie bemerkt, nicht jedesmal untersucht, ob dieß Recht auch heute noch gilt, sondern dasselbe ohne weitere Untersuchung als

positives hinstellt, und damit häufig unbewußt der Anwendung antiquarisches Recht aufdrängt. — Hiefür wird die vorliegende Lehre der act. conf. und neg. zugleich ein wiederholter Beleg sein; und sollte hiefür ein noch erschöpfenderer Beweis verlangt werden — ein Beleg, daß dasselbe auch außer dieser Lehre und häufiger der Fall ist — so wären hiefür immerhin Beweise wohl aus den berühmtesten Lehren der historischen Schule und den am meisten angewendeten Instituten zu erbringen; solche Belege habe ich ebendeßhalb in skizzenhafter Form am Schlusse in IV Anhängen der vorliegenden Erörterung beizufügen versucht.

C. Entgegnung Bekkers.

Nun aber kurz noch zur Entgegnung der einzelnen sachlichen Angriffe Bekkers.

1. Im Verlaufe der Abhandlung habe ich Bekker bereits zugegeben, daß meine sachliche Anklage, die historische Schule habe die rechte Basis des positiven Rechts nicht erfaßt, nicht allein diese, sondern auch ihre Vorgängerin, die naturrechtliche Schule[9]), treffe. — Indem nämlich die Schule

9) Wie wenig nebenbei auch noch jene naturrechtliche Richtung die Wahrheiten einer unmittelbaren thatsächlichen Rechtsanschauung zu erfassen vermochte, mag ein Urtheil eines ihrer Anhänger zeigen. Wußte doch selbst z. B. ein Feuerbach (Vorrede zur 1. Aufl. seines Lehrbuches des gem. peinl. Rechts 1801) die gesammte „Praxis" nicht besser zu ehren, als daß er sich ob deren Beachtung mit den Worten entschuldigte: „der Verfasser glaubt recht gethan zu haben, daß er die Praxis, so sehr er auch dieses „Polster literarischer Trägheit, diese Stütze blinder Willkür" haßt, nicht ganz übergangen hat." Nebenbei bemerkt, ein Urtheil, welches allerdings für eine bloße Routine vollkommen passen mag, bei welchem aber wir Praktiker, sobald wir dasselbe auf jede Praxis angewendet sehen, nur wünschen können, daß die Theorie allmälig im Interesse der Sache eine bessere Meinung von dem Werthe der Praxis als

des Naturrechts überhaupt nicht auf thatsächlichem Boden, sondern a priori — ohne Rücksicht auf Thatsachen — ihr Recht aufbaute, so konnte natürlich auch deren Rechtsdarstellung nur zufällig mit dem nur auf thatsächlichem Boden zu findenden empirischen Rechte zusammentreffen. Beide frühere Schulen mußten mittels ihres Prinzipes nicht nothwendig das wahre Recht finden: die naturrechtliche nicht, weil sie eine Philosophie, ein willkürlich gedachtes Recht anstatt des thatsächlich bestehenden, respektirte, die geschichtliche nicht, weil sie zwar ein thatsächliches Recht, wie die Empirie, aber im Prinzipe schon das historische — also im Prinzipe möglicherweise ein Recht aus der Vergangenheit (welches nicht mehr gilt oder „Recht" ist), — statt des thatsächlich geltenden als das positive ausgab. — Während die historische Schule somit bereits, wie Windscheid charakterisirt, der naturrechtlichen Schule gegenüber mit Recht den Schritt vorwärts gethan hat, daß sie sagt: das positive Recht beruht nicht auf „autonomem Machen", sondern auf „geschichtlichem Werden", müssen wir jetzt diesen beiden Schulen gegenüber den weiteren Schritt vorwärts gehen, daß wir feststellen: das Wesen des positiven Rechts ist auch noch nicht erschöpft durch sein geschichtliches Werden schlechthin; nicht alles, was geschichtlich „geworden" ist, ist heutzutage positives Recht; sondern das Positive beruht, unbeschadet seines geschichtlichen Werdens, in seinem allein entscheidenden Erkenntnißmerkmale auf dem „thatsächlichen Sein" und auf dem „jetzt noch Sein". Positives (geltendes) Recht ist nur dasjenige, welches erfahrungsgemäß ist, gilt und jetzt gilt, nicht das, was in der Geschichte schlechthin einmal geworden ist. — Kurz also: weder Philosophie schlechthin, noch Geschichte schlechthin, d. h. beide frühern

eines, wenn auch nicht stets untrüglichen, aber doch hauptsächlichen Spiegels des thatsächlich geltenden Rechts gewinnen möchte!

Schulen nicht, sondern die wissenschaftliche Erfahrung dessen, was jetzt gilt, oder eine Empirie des Positiven, zeigt das wahre positive Recht. — —

Aber auch, wenn damit dieser erste vermeintliche Einwand Bekkers von mir zugestanden wird: befreit er die historische Schule von der sie treffenden Anklange? Wenn letztere nicht allein, sondern neben ihr auch die naturrechtliche Richtung, ungenügend erscheint, so folgt daraus gewiß nicht, daß die historische Schule genüge, sondern, daß eben beide Schulen ungenügend erscheinen werden.

2. Einen anderen Einwand Bekkers, als ob ich selbst gesagt, die empirische Anschauung sei jetzt schon die herrschende, und dennoch bekämpfe ich die historische als die noch herrschende, glaubte ich, als eine offenbare Verdrehung der Sachlage, schon oben gebührend zurückweisen zu müssen (Note 3 des § 2).

3. Der Haupteinwand Bekkers (S. 469) ist, Savigny habe lediglich das sagen wollen:

> „Kein Volk kann sein Recht beliebig schaffen, sondern nur nach Maßgabe des ihm innewohnenden Geistes, und dieser wird bedingt durch die ganze Geschichte der Vergangenheit bis auf den heutigen Tag.“

Was will uns Bekker damit eigentlich sagen? — Derselbe will damit möglicherweise erwidern: Savigny mit seinem Programme habe nichts gewollt, als, die naturrechtliche Schule widerlegen, insofern letzterer, wie soeben bemerkt, die allerdings falsche Annahme zur Last fällt, das Recht könne beliebig „geschaffen“ werden. — Sehen wir vor Allem, was hieran richtig ist.

Ohne Zweifel ist es wahr, daß Savigny bei Aufstellung seines, gegenüber der früheren Richtung reformatorischen, Programmes zugleich diese frühere, naturrechtliche Schule „widerlegen“ mußte, sie widerlegen wollte und widerlegte. Zu

diesem Behufe wollte er allerdings zunächst sagen: das Recht beruht nicht auf einem „beliebigen Schaffen“, sondern auf „geschichtlichem Werden“. — Aber — ist es denn wahr und ist es denn möglich, daß Savigny als Gründer einer Schule, welche „positives“ Recht darstellen soll, nur eine frühere Schule „widerlegen“ wollte. — Nimmermehr. Dieß eben ist unmöglich! — Denn das Lehrgebäude einer positiven Rechtsschule kann doch offenbar nicht blos negiren wollen, sondern muß doch wohl auch Positives schaffen; der Historiker Bekker somit würde seiner eigenen Schule ein eigenthümliches Lob ertheilen, wenn er ihr nachsagte, sie habe „nur Negatives geleistet“, ein Lob, für welches sich die Anhänger seiner eignen Richtung bei ihm wohl bedanken müßten. — Es läge darin mindestens der Vorwurf, daß seine, für die Darstellung des positiven Rechts vorhandene, Schule die Findung eines eigentlichen, für ihre positive Rechtsdarstellung maßgebenden, Prinzips überhaupt versäumt hätte, daß sie somit auf jede Consequenz und jede Gleichartigkeit bei der Darstellung der einzelnen positiven Institute oder Rechtssätze verzichtet habe!

Wenn wir dieß somit nicht als denkbar erachten, so müssen wir von Bekker allerdings verlangen — neben dem negativen — auch nach einem positiven Gehalte des historischen Programmes zu suchen. Und in der Wirklichkeit liegt ein solcher — zur Ehre der historischen Schule müßten wir dieß Bekker entgegnen — allerdings vor. Denn forschen wir dem Gehalte dieser Schule näher nach, so wird sich uns die Wahrnehmung aufdrängen, daß sich in Savigny's Programm neben positiven Prinzipien von hoher, empirisch sich bestätigender, Wahrheit, welche ich in meiner früheren Schrift ausdrücklich hervorhob, u. a. auch der falsche positive Fundamentalsatz findet, welcher in der Folge erfahrungsgemäß vor Allem folgenreich er-

schien und Anwendung fand: (Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft 1815, I Seite 6):

„Die „geschichtliche Schule" nimmt an, der Stoff [10]) des Rechtes sei durch die gesammte **Vergangenheit** der Nation gegeben."

Warum nun verlangt Bekker, man solle diesen offenbar positiven Satz verhehlen und unbeachtet lassen, und denselben nur negativen oder wenigstens nur soweit positiv auffassen, als Bekker denselben mit den oben, am Eingange der Ziffer 3 erwähnten, Worten interpretirt hat? — Gerne gebe ich sogar Bekker zu, daß es vielleicht dem seltenen Geiste Savigny's mehr entsprechen wird, wenn dieser mit ihm den Satz dahin gefaßt hätte: das Recht ist gegeben [11]) durch die ganze Geschichte der Vergangenheit bis auf den heutigen Tag, oder, wie Bekker wohl (deutlicher ausgedrückt) sagen wollte: „durch die Vergangenheit und die Gegenwart". — — Allein — erstens: der unglückliche Ausdruck „gegeben durch (irgend) eine Vergangenheit" ist einmal da, und — was noch weit mehr — leider nicht minder eine buchstäbliche, bereits in Fleisch und Blut übergegangene, Verwerthung eben dieses falschen Satzes durch diejenigen Anhänger der historischen Schule, welche sogar weit über Savigny hinausgehend häufig Rechtsgeschichte statt des

10) Daß der „Stoff" des Rechtes die Materie des Rechtes, d. i. die materiellen Rechtsbestimmungen bezeichne, hat Bekker nicht zu widerlegen vermocht.

11) Den Ausdruck „gegeben" muß ich mir gestatten, mit Savigny an die Stelle des von Bekker gewählten Ausdruckes „bedingt" zu setzen; weil außerdem Savigny's Satz noch mehr unrichtig würde. Denn ein positives (geltendes) Recht wird noch nicht ermittelt durch die Ermittlung dessen, was dieses Recht „bedingt". Dieß können äußere Verhältnisse, Bedürfnisse, kurz äußere Entstehungsgründe oder Motive sein, welche noch nicht mit dem von diesen Entstehungsgründen producirten Rechte selbst identisch sind. Erst das „gegebene" Produkt zeigt das gewordene (materielle) positive Recht.

positiven Civilrechts darstellten: der Satz findet sich bereits verwerthet in ganzen Systemen wie in unzähligen Monographien der Schüler Savigny's bis auf den heutigen Tag. Das Vorhandensein eines bereits so wirksam gewordenen antiquarischen Prinzipes also in den historischen Grundlehren, wenn dasselbe auch nur ein vereinzeltes sein sollte und diesem antiquarischen Grundprinzipe im Programme der historischen Schule allerdings auch vereinzelte andere, richtigere Grundprinzipien gegenüberstehen, müßte daher doch gewiß dem denkenden Juristen eine Pflicht zur Prüfung der Grenze der Berechtigung jener Schule überhaupt auflegen, welche neben ihren Vorzügen doch wenigstens zum Theil schädliche Consequenzen für das Gedeihen des Rechtslebens gebracht hat. — Und zweitens: was nun das Merkwürdigste ist, Bekker übersieht, daß das historische Programm, wie schon früher bemerkt, ja selbst dann noch immer ungenügend wäre, wenn es so lautete, wie er selbst es verbessert haben möchte; daß dieses Prinzip durch seine Unentschiedenheit dem Leben noch immer Schaden bringen würde, und daß es ebendeßhalb auch dann noch, schon wegen eben dieses seines steten prinzipiellen „Schwankens" zwischen antiquarischem und wahrem Rechte, zu berichtigen wäre! Denn auch wenn wir mit Bekker annehmen würden: das positive Recht ist durch die „ganze" Geschichte vom Anbeginn der Welt bis zum jüngsten Athemzuge, also durch die „Vergangenheit und Gegenwart" gegeben, so ist ja dadurch doch noch immer ein, wohl allzu unbegrenzter, Zeitraum zur Auswahl desjenigen Rechts freigelassen, welches wir als das allein geltende (positive) zu respektiren hätten; innerhalb dieses ungemessenen Zeitraums fehlt noch immer der Punkt (das punctum saliens), auf welchem wir in Zweifelsfällen die richtige Basis unseres positiven Rechtes präcise finden können, wenn wir nicht wenigstens die Möglichkeit ausschließen wollen, kraft dieses Prinzipes alles

geschichtliche Werden von der Vergangenheit bis auf den heutigen Tag, — also, wenn auch nicht die leges barbarorum neben dem corpus juris als solche schon, so doch Antiquitäten überhaupt neben dem Modernen — als positives Recht anzuerkennen, und — unter fortwährendem Schwanken zwischen antiquarischem und empirischem Rechte — unser positives Recht bald wahr bald falsch darzustellen. Also auch nicht die „ganze" Geschichte Bekkers, sondern ganz im Gegentheil nur ein „Theil" dieser Geschichte, und zwar nur der Theil, welcher „Gegenwart" heißt, oder richtiger der jüngste Moment der Gegenwart, zeigt das wirklich Geltende oder Positive — im Leben sowohl, wie im Rechte, — und jeder andere Theil dieser ganzen Geschichte, außer der Gegenwart, ist unfähig, das heutige positive Recht verlässig zu finden.

4. Der eine von Bekker wörtlich als Beleg dafür angeführte Satz Savigny's, daß dieser nur den obigen einzelnen Ausdruck „Vergangenheit" unvorsichtig gewählt, und daß deßhalb Savigny selbst schon das erschöpfe, was die Empirie des Positiven von der Gegenwart fordert, ist Savigny's Ausspruch: jedes Zeitalter müsse streben, den mit Nothwendigkeit gegebenen Stoff „zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten".

Allein — wird denn auch ein bloßes Verjüngen des Historischen völlig genügen, und läßt sich denn alles Historische genügend verjüngen, auch da, wo die Empirie statt des Historischen völlig Modernes an den Tag fördern wird? Würde nicht vielmehr auch dieß Verfahren immer noch von dem gerade verkehrten, statt von dem allein richtigen, Prinzipe und Ausgangspunkte des Geltenden und Herrschenden ausgehen können? — Wir haben ja praktische Proben einer solchen Methode gesehen: in jenen praktischen Verwerthungen, welche in Savigny's Schriften vorliegen, etwa in der Mustermonographie

der historische Schule vom Besitze (vgl. Anhang II). — Ihm ist auch da für den heutigen Besitz die römische possessio der „nothwendig gegebene“ Stoff, weil er „historisch“ überliefert ist. Diesen Stoff nun hat Savigny nach seiner Art verjüngt, diesen hat er in der Litteratur durch Jahrhunderte bis auf die Gegenwart verfolgt und diesen hat er mit staunenswerthem Scharfsinne mit den Anschauungen der Gegenwart zu verknüpfen versucht. — Aber was ist denn damit bewirkt worden? — Sein Stoff ist nichtsdestoweniger im Prinzipe die antiquarische possessio verblieben: eine römische „Eigenthumsart“ statt des einheimischen deutschen „Besitzes“, und seine Geschichte des Besitzes ist nichts, als eine gelehrte Litterärgeschichte dessen, wie diese römische possessio bisher auf den einheimischen Boden übertragen wurde, nicht eine Geschichte unseres „Besitzes“! — Savigny stellt nicht die Grundfrage, was unser Volk der Gegenwart und seine Rechtsübung thatsächlich mit dem Rechte des Besitzes will und übt, erforscht nicht den Gedanken des heute geltenden Besitzrechtes; nicht, ob das, was die Römer unter ihrer possessio übten, demselben Sinn und Endzweck diente — unter Anerkennung, daß nicht das römische, sondern nur das heutige Rechts-Wollen und Ueben entscheidet. — Hätte Savigny richtig darstellen wollen, so hätte er seine ganze Methode, wie bemerkt, geradezu umkehren, — statt von dem überlieferten — prinzipiell von dem jetzt thatsächlich lebenden oder herrschenden (d. h. positiven) Begriffe des Besitzes ausgehen, diesen vor Allem aus der thatsächlichen Geltung definiren und dann die Anwendbarkeit der römischen possessio auf diesen historisch-kritisch prüfen und feststellen müssen; dann dürfte er wohl in der Lage gewesen sein, ein wahres positives Dogma zu finden, nicht blos eine künstliche Construktion aus der römischen Eigenthumsart mit animus domini und dem deutschrechtlichen Besitze. —

Aehnlich ist es der Schule ergangen mit der historischen Darstellung der Injurie (Anhang III) u. s. w. — Kurz sobald nicht prinzipiell bei jedem einzelnen Institute zuvor das jetzt thatsächlich Geltende ermittelt ist, kann diese Ermittelung nicht ersetzt werden durch eine bloße „Verjüngungsmethode" irgend eines überlieferten, gleichviel ob abgestorbenen Stoffes; auch diese bloße Verjüngungsmethode Savigny's erscheint ungenügend und keineswegs überall begründet; weil: sowenig ein Leichnam wieder belebt werden könnte, ebensowenig ein unlebendiges oder „abgestorbenes" Recht durch irgend eine Methode wieder zu einem lebendigen „verjüngt" werden kann.

5. Weiter verweist Bekker auf die Erwiderung Savigny's gegenüber Feuerbach's Vorrede zu Borst's Abhandlung über die Beweislast. — Auch der hier niedergelegte Ideengang Savigny's wird ebendeßhalb kurz näher kritisch berührt werden müssen. —

Hier wiederholt Savigny vor Allem die, gewiß stets anzuerkennende, hohe Grundwahrheit seines Theorems, daß Alles auf die Darstellung des volksthümlichen, in das Leben der Nation übergegangenen, Rechts ankomme. Sehen wir aber sofort, ob Savigny diesen Wahrheitssatz auch hier — consequent und unmittelbar — für die Rechtsdarstellung praktisch verwerthet, d. i. prinzipiell anerkennt, daß das Recht unmittelbar nach seiner Geltung im Leben oder in der Gegenwart darzustellen sei. — Auch hier indeß dürfte sich das Gegentheil zeigen.

Savigny bemerkt in dem darauffolgenden Satze an sich richtig: ob es denn möglich sei, die Gegenwart eines organischen Zustandes (also des organisch lebenden Rechtes) anders als genetisch, d. i. in Verbindung mit seiner Vergangenheit, zu verstehen. Dabei supponirt aber Savigny unter Berufung

auf ein Citat weiter, daß „Alles" im Rechte mit einer (von ihm nicht näher definirten „abstrakten") Vergangenheit organisch zusammenhänge: das Recht, welches jetzt gelte, sei hervorgegangen aus dem, was einst als Recht gegolten habe; das Veraltete habe das Neue geboren; in der Vergangenheit liege der Keim zu dem jetzt Gegebenen, und das Dasein der jetzigen Frucht könne nicht begriffen werden ohne dem Keime, welcher verwesen mußte.

Eben aus dieser weiteren Consequenz dürfte sich wiederholt nur dieselbe halbe Wahrheit ersehen lassen, welche die historische Schule mehrfach charakterisirt. — Allerdings hat sich das Verständniß jedes einzelnen Rechtsinstitutes in Verbindung zu setzen mit dem Verständnisse seines Keimes und einem Keime der Vergangenheit, vorausgesetzt: daß der Keim des jetzigen Rechtes in jener Vergangenheit geboren und das Recht der Gegenwart in organischer Verbindung mit derjenigen concreten Vergangenheit wirklich steht, mit welcher dessen Darstellung zusammengehängt werden will, d. h. nicht völlig modernes Recht ist. Aber eben darin liegt ein Trugschluß, daß der Keim jedes lebenden Organismus in der Vergangenheit zur Entstehung gekommen sei, oder mit jeder — mit einer abstrakten, nicht lediglich mit einer concreten — Vergangenheit in einem organischen Zusammenhange gesetzt werden solle. Nicht fortwährend wuchert ein und derselbe alte Keim. Auch ein Samen wird wieder neu geboren, welcher einen neuen Organismus erzeugt. Es gibt somit neben den alten auch neugeborne „Keime" und neues Recht, und das jetzt Lebende läßt sich nicht unbedingt und stets direkt aus den Keimen einer älteren Vergangenheit erzeugen und verstehen. Jeder Organismus vielmehr, jede Race, jedes Volk, jeder Staat, jedes Recht der Gegenwart ist nicht nothwendig identisch oder zusammenhängend mit einem ähnlichen organischen Keime der Urzeit oder mit der Kindheit

der Völker schlechthin. Frühere Organismen sind im heutigen Leben zwar theils erhalten, theils aber — und dieß widerlegt Savigny's Anschauung — völlig „untergegangen"; durch Kreuzungen der Organismen sind hier und da völlig „neue Keime", neue Organisationen, neue Racen, andere Völker, andere Staaten, andere Rechtssysteme und Rechtsinstitute zu Tage getreten. Eine „abstrakte" Einheit der Organismen und Keime der Vergangenheit und Gegenwart somit, welche bewirken sollte, daß die Keime des Gegenwärtigen durchgängig identisch und denselben Regeln unterworfen sind, wie die Keime der Vergangenheit, existirt nicht. Wäre eine solche Einheit gegeben, welche das Citat Savigny's: — (aus demjenigen, was einst als Recht gegolten hat, ist das jetzt geltende Recht hervorgegangen) — supponirt, so hätte nie ein von dem antiken, griechischen und römischen, verschiedenes germanisches und modernes Recht sich bilden können, das organische Recht hätte für alle Culturvölker auf gleicher Grundlage entstehen müssen. Wir aber sind ein anderes Volk, als die Römer; und ebenso der Organismus unseres Rechts! — Es ist also gewiß Unrecht, von einem Keime und von einer einzigen, abstrakten, organischen Entstehung des Rechtes zu sprechen. — Thatsächlich und praktisch betrachtet vielmehr können für ein und dasselbe Rechtsverhältniß allerdings heutzutage verschiedene und mehrere organische Rechtsinstitute sich gegenüberstehen: antiquarische gegenüber einem der Empirie sich enthüllenden modernen, deren jedes seine besonderen Keime besitzt; diese alle zwar müssen „genetisch" verstanden werden; aber nicht so, daß die Genesis, die Zeugung und die Grundsätze der Zeugung, Erhaltung und Anwendung, dieselben sind und verbleiben für das genetisch entstandene Alte und jetzt Untergegangene, wie für das genetisch entstandene Gegenwärtige, und diese Keime beiderseitig Verwechslung erfahren. —

Alsdann eben — bei dem Gegenüberstehen von verschiedenem Aelteren und Neueren — ist es kein genetisches Verständniß des gegenwärtig positiven Rechtes, wenn wir das genetisch selbstständig entstandene, erkeimte, Gegenwärtige mit dem genetischen Vergangenen insoweit identificiren, daß wir eine organische Verschiedenheit und Selbstständigkeit beider überhaupt verkennen und die Grundsätze des abgestorbenen Vergangenen auf das heutige Leben übertragen! Vielmehr werden wir, wenn wir in diesem Falle das Lebende verstehen wollen, dasselbe nach den, seinem eigenen Organismus innewohnenden, Prinzipien selbstständig darstellen müssen, nicht nach den genetisch verschiedenen Prinzipien der Vergangenheit. — Gesetzt z. B. die possessio war in Rom eine Eigenthumsart, unser heutiger Besitz aber ist seinem Wesen nach vom Eigenthume verschieden und ein ganz anderes Rechtsinstitut: ein „Besitz", so wird die Lehre des Besitzes eine unwahre, antiquarische, wenn wir auf dieselbe die überlieferten Grundsätze der geschichtlichen possessio anwenden [12]).

12) In der oben erwähnten Erwiderung Savigny's gegenüber Feuerbach bietet, nebenbei bemerkt, Savigny überdieß einen Beleg aus dem Gebiete der Gesetzgebung, welcher zeigt, wie wenig sich die historische Anschauung auch auf diesem Gebiete praktisch orientirte und in der Folge erfahrungsgemäß bewährt hat. In dem von der überlieferten Tradition abweichenden bayr. Strafgesetzbuche Feuerbachs von 1813 sieht Savigny im Jahre 1816 aus dem Grunde einen Beweis dafür, daß wir kein praktisches Gesetzbuch machen können, weil letzteres im Jahre 1816 bereits über 100 Novellen hervorgerufen habe. — Aber ist denn die von der historischen Schule gewiß hochgestellte Codifikation Justinians deßhalb eine schlechte, weil sie so vieler Novellen bedurfte? — Und hat nicht gerade Feuerbachs, von Savigny als Beispiel aufgestelltes, Strafgesetzbuch sich in der Folge erfahrungsgemäß in hohem Grade wirklich als ein Muster der Codifikation seiner Zeit und als ein beträchtlicher Fortschritt gegenüber den früheren Rechtszuständen des gemeinen und partikularen Rechtes bewährt, so daß man bei dessen Revision im Jahre 1861 nicht entfernt daran dachte, prinzipiell zu den Traditionen des früheren histo-

6. Was würde es nach all' dem endlich nützen, wenn Bekker, um den Blick von den morschen Bestandtheilen der von ihm vertretenen Schule abzulenken, uns einwendet, die Negirung des Naturrechtes sei der Hauptzweck des historischen Programmes gewesen, positive Grundsätze seiner Methode aber habe Savigny nur nebenbei aufstellen wollen; und wenn aus eben diesem Grunde Bekker nicht ansteht, weiter einzuwenden, weil ich diese von Savigny primär verfolgte Frage nicht festgehalten, habe ich Savigny's überschwängliche Klarheit und seine Schule überhaupt nicht verstanden! — Die Phrase des Nichtverständnisses lasse ich dahin gestellt. So aber möchte ich allerdings Savigny niemals verstehen. Offenbar ist es gleichgültig, was die Schule oder Bekker als die Hauptsache und was beide als Nebending betrachten, wenn das, was dieselben als die blose Nebensache ihres Prinzipienbaues des positiven Rechtes anerkennen, in der Wahrheit die Hauptsache zu sein hat! — Dem Vorwurf des mangelnden Verständnisses insbesondere wäre gelassen zu entgegnen, daß die Erfahrung oder die Empirie des wahren positiven Rechts der Gegenwart gebieten wird, noch da neuerdings und wiederholt zu denken

rischen Rechts zurückzukehren, sondern neuerdings (einzelne Auswüchse, wie eine Abschreckungstheorie u. s. w. abgerechnet) im Geiste Feuerbachs die früheren Traditionen des römischen und gemeinen Strafrechts reformirend fortzubauen suchte. Zwar wird kein von Menschen redigirtes Gesetzbuch ein absolutes, niemals zu verbessernbes, Recht darstellen können; veränderte äußere Verhältnisse und fortschreitende innere Ueberzeugung und Erkenntniß des Rechten werden stets Aenderungen verlangen; die Verhältnisse, welche zur Zeit der Codifikation Feuerbachs veränderte, einer neuerlichen Gesetzgebung bedürftige, waren, haben sich seitdem wiederholt verändert, und auch in Feuerbachs Gesetzbuch waren, wie in jedem früheren und späteren, in der Folge Mängel zu beseitigen. Allein dennoch war sein Gesetzbuch für seine Zeit ein sehr berechtigtes, und der Grund, warum wir der Codifikation überhaupt nicht entrathen können, ist: weil eine wenigstens relativ bessere Rechtsgestaltung eben in jedem Falle praktisch vorzuziehen ist einer schlechteren.

anzufangen, wo Bekker und seine Schule vielleicht längst zu denken aufhören zu dürfen glaubte, namentlich im Punkte der „Grenzen" der Berechtigung der Geschichte für das heutige positive Recht; daß ferner derjenige, welcher lediglich so Savigny versteht, noch nicht das verstehen würde, was das Verständniß der Anforderungen unseres Rechts heutzutage erschöpft; nämlich das Verständniß der Bedürfnisse des Lebens neben dem Verständnisse seiner Geschichte.

Eben die Gewohnheit, die eigentliche Grundfrage des positiven Rechts zu vernachlässigen und als eine „Nebensache" hinzustellen, scheint bei den Anhängern der historischen Schule so endemisch geworden zu sein, daß mir auch jetzt nicht nur Bekker den Vorwurf des Nichtverständnisses entgegenhält, weil ich die Hauptfrage nicht ebenso verfehlt gestellt, wie die historische Schule, sondern daß er auch meiner Beantwortung jener eigentlichen Grundfrage des positiven Rechts — dem Prinzipe der Empirie — völlig aus dem Wege geht und bezüglich dieser meiner Lösung (S. 468 a. a. O.) nur nebenbei einfließen läßt, daß ich der von mir als richtig anerkannten Theorie „beiläufig" auch den Namen „empirisch" beigelegt habe.

Diesem nicht auffassen Wollen gegenüber mußte somit hier allerdings feierlichst wiederholt werden, daß die „Empirie", — die unmittelbare Anschauung und Spiegelung der Herrschaft des Rechts im Leben und eine hieraus resultirende Erfahrungswissenschaft neben und an Statt der historischen, Wissenschaft schlechthin, — allerdings der allein genügende Weg zur Findung unseres positiven Rechtes sein wird. —

D. Nach diesem allgemeinen Theile kehren wir wieder zu der concreten Lehre von der actio neg. und conf. zurück. Die bisher berührten allgemeinen Fragen werden uns ein analoges Bild dafür bieten, wie auch diese concrete Lehre miß-

bildet wurde, und wie sie jetzt zu behandeln sein dürfte: Auch diese Lehre hat gelitten unter den Unwahrheiten der historischen Schule. Auch hier ist, wie bemerkt, die herrschende Lehre von einer historischen Ueberlieferung, hergeleitet aus dem corpus juris, ausgegangen: die negatoria ist eine Eigenthums-, die confessoria eine Servitutenklage; anstatt empirisch zu forschen: welche Natur wohnt deren Wesen erfahrungsgemäß heutzutage thatsächlich im positiven Rechte inne? Damit ergab sich die bisherige antiquarische Lehre, welche sich überdem zufälligerweise, wie wir später ersehen werden, nicht nur von empirischem, sondern überdem — selbst von dem eigenen historischen Boden, den historischen Belegen des corpus juris, aus betrachet — als falsch erweisen und demnach zu reformiren sein wird. —

In einer Beziehung zeigt die vorliegende Lehre überdieß noch eine, ihr specifisch angehörende, abnorme Eigenthümlichkeit, welche eben deßhalb vielleicht auch bei ihr besonders hervorgehoben zu werden verdient. — Die Frage nämlich nach der Natur der actio confessoria und negatoria ist im Grunde nichts anderes, als eine Systemfrage; d. i. bei deren Lösung ist — nachdem das betreffende Klagrecht nicht, (wie die bisherigen Anschauungen annahmen), auf einzelne Rechtsinstitute beschränkt, sondern bei einer fast unbegrenzten Reihe von Instituten denkbar ist, — lediglich die Frage zu beantworten: welche Stellung hat die betreffende Klage im Systeme des Civilrechts?

Hierüber gibt, näher betrachtet, das römische Recht keine Vorschrift. Schon deshalb ist der modernen Rechtswissenschaft die freie „Construktion" des Begriffes anheimgegeben. — Aber selbst wenn das Gegentheil der Fall, wenn überhaupt irgend ein Gesetz hierüber Vorschriften enthielte, wäre hier dennoch wiederholt die Nothwendigkeit gegeben, der positiven Rechts-

darstellung ein freies Gebiet — eine „Construktion“ — zu vindiciren. — Die Construktion ist, wie ich in der Einleitung meiner Abhandlung über das Schmerzengeld ausgeführt habe, nichts Neues, und nichts Anderes, als die Darstellung des sogenannten wissenschaftlichen Rechts. Construirt darf deßhalb allerdings in der Regel nicht werden, wo Gesetz oder Gewohnheitsrecht positive Satzungen festgestellt haben, weil das Recht der Wissenschaft nur ein subsidiäres, nur da zulässig ist, wo das Gesetz oder Gewohnheitsrecht eine Lücke zeigt. Dieß indeß ist nur die Regel; von dieser Regel zeigt sich eben hier eine für die Naturgeschichte des Rechts bedeutungsvolle, und vom positiven Rechte anzuerkennende, Ausnahme.

Untersucht man nämlich die innere Natur der einzelnen Rechtsbestandtheile in größeren Umrissen, so gibt es überhaupt zwei gegenseitig auszuscheidende charakteristische Arten von Rechtsbestandtheilen; solche, welche eine Eindämmung durch Gesetz und Gewohnheitsrecht zulassen, und solche, welche dieselbe nicht vertragen. — Gleichwie sich uns sogar Rechtsstoffe zeigen, bei welchen das „Recht der Wissenschaft“ unfähig zu deren Regelung erscheint, und welche, um nur überhaupt bestehen zu können, eines Gesetzes oder eines Gewohnheitsrechtes bedürfen, — z. B. jene Rechtsstoffe, welche ich früher[13]) als absolut-positive zu bezeichnen versuchte, wie: der Mechanismus des modernen Hypothekenrechtes; ferner Zahlenbestimmungen, z. B. die Bestimmung von Verjährungsfristen u. s. w. — so gibt es anderseits, wie hier in der vorliegenden Lehre, umgekehrt eine andere Gattung von Rechtsstoffen, welche ein Befehlen durch Gesetz oder ein Haften an der Gewohnheit nicht vertragen, sondern ewig das Objekt freier wissenschaftlicher Forschung werden verbleiben müssen.

---

13) Siehe meine Untersuchungen über die heutige Schmerzengeldklage Seite 69.

Zu den letzteren Fällen zählt die Darstellung des Rechtssystems; und zwar deßhalb, weil eben in der äußeren naturgeschichtlichen Gliederung eines Systems nichts Positives durch Machtsprüche angeordnet, weder gestattet noch verboten, werden könnte, selbst wenn ein Gesetz dieß wollte; sondern lediglich, von Machtgeboten unabhängige, „Thatsachen" oder, wenn man will, Naturerscheinungen des Rechts wissenschaftlich anerkannt, — beschrieben oder definirt, — werden können. Das Gesetz kann z. B. nicht sagen, eine dingliche Klage muß systematisch als eine persönliche aufgefaßt werden oder umgekehrt, ebensowenig das Gesetz allenfalls eine andere Naturwahrheit beseitigen und etwa anordnen könnte, das Schwarze solle weiß sein! — Selbst wenn also das corpus juris, wie die herrschende Lehre annimmt, vorschreiben würde, die negatoria ist eine Eigenthumsklage, die confessoria dagegen eine Servitutenklage, so wäre dieß eine unmögliche Anordnung und nicht zu beachten, weil die Gesetzgebung sich damit auf ein Gebiet verirrt hätte, auf welchem sie nicht competent erscheint, auf welchem, wie gezeigt, ein Befehlen ein Ding der Unmöglichkeit ist. Das ist es, was schon die römische Jurisprudenz durchfühlt, wenn sie bestätigt, omnis definitio in jure periculosa, und was sich heutzutage die Jurisprudenz als unabwendbare Wahrheit zum klareren Bewußtsein zu bringen hat.

Steht damit weiter fest, daß bezüglich der Natur der negatoria und confessoria ein Gesetz und Gewohnheitsrecht überhaupt nichts Positives entscheiden kann, so ergibt sich zugleich wieder, daß hier umsoweniger eine historische Methode zur Lösung unserer Lehre fähig wäre, welche überlieferte Aussprüche oder Deduktionen aus einem historischen Gesetze, dem corpus juris u. s. w., bezüglich der Natur der negatoria und confessoria als maßgebend erachten würde.

§ 3.

Geschichtlicher Theil.

Die Frage, ob nach positivem Rechte irgendwo ein negatives oder confessorisches Rechtsmittel zugelassen werden dürfe, knüpft, wie erwähnt, die herrschende, historische Lehre unmittelbar und ausschließlich an die Vorfrage, ob die geschichtlichen Quellen des römischen Rechts, des corpus juris, für diesen Fall eine neg. oder conf. „actio“ gewährten. — Das somit, was die vorliegende herrschende Lehre (und die historische Richtung auch hier wieder) praktisch unter dem Worte „Geschichte“ versteht, ist: die Ueberlieferung; aus ihr erholt jene Lehre und Richtung hier wieder unmittelbar ihr positives Recht. —

Wie im allgemeinen Theile (§ 2) bemerkt, hat uns dagegen prinzipiell die „Geschichte“ als Ueberlieferung überhaupt nicht jene gleiche unmittelbare Bedeutung für die Findung des Positiven; (nicht jede frühere genetische Entwicklung schlechthin zeigt uns schon das concrete und — gleichfalls genetisch entwickelte — wirklich Positive). Vielmehr hat nach unserer Anschauung die Geschichte in jenem Sinne überhaupt vorwiegend nur folgende indirekte Bedeutung:

Einmal die: einen Einblick in die Entstehung unserer Rechtsmittel zu gewähren.

Diese erste, im Allgemeinen allerdings hoch zu stellende, Aufgabe nun der Geschichte würde doch gerade in dem concreten Falle ausnahmsweise zu einer völlig werthlosen, gelehrten, Spielerei führen und kann hier ausnahmsweise vollständig ungepflegt bleiben. — Allerdings hat man auch diese Entstehungsfrage zu lösen versucht. Schmidt von Ilmenau (Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XV S. 155) z. B. glaubt, daß unsere actio negativa in der That sehr alt, d. i. in einem besonderen Falle (l. 2 D. de arb. caed. 43, 27) auf die XII

Tafeln zurückzuführen, und daß dieselbe zufolge l. 6 § 1 D. si serv. als eine civilis actio aufzufassen sei. — Ueber derartige Versuche ist zu bemerken: unzweifelhaft ist das negative oder confessorische Rechtsmittel alt, so alt, als überhaupt ein Recht oder Rechtsmittel im jus civile, praetorium oder sonstwo immer besteht: denn wenn, wie nachgewiesen werden wird, die negative und confessorischen Klage eine Eigenschaft einer jeden Klage, mit Ausnahme etwa der Klagen aus dem Obligationenrechte ist, so müssen unsere Klagen faktisch angewendet worden sein, solange ein Recht überhaupt geltend gemacht wurde. — Aber es wäre gewiß ein müssiges Unternehmen und ohne jedem praktischen Werthe, deren erste einzelne Anwendungen oder die erste Darstellung dieses Begriffes aus der Geschichte nachweisen zu wollen; — geschichtlich so müßig, wie etwa der Nachweis der ersten Anwendung einer rechtlichen Abwehr überhaupt. — Kurz: die Negation und der Anspruch eines Rechts ist so alt, wie die Anwendung eines Rechts überhaupt. Die Frage allein, wer zuerst die Begriffe der negativen und positiven Klage aufstellte, wäre somit geschichtlich denkbar; diese aber hat wenigstens keinen positiven Werth.

Eine zweite und hauptsächliche Bedeutung hat für uns die Geschichte als: „historische Kritik." — Aus dem eignen Inhalte der Geschichte ist die für die Findung des positiven Rechts eigentlich entscheidende empirische Anschauung des Rechts wiederholt als eine berechtigte zu prüfen: — Sobald nämlich, abgesehen von der heutigen Erfahrung, auch die Geschichte zeigt, daß die bisherige, als positive überlieferte Lehre von der actio neg. und conf. in der Geschichte — in Rom — einen ganz anderen Sinn und eine andere Aufgabe hatte, als das heutzutage erfahrungsgemäß und sichtlich geltende Recht, hat die historische Kritik das gleiche Resultat wiederholt festzustellen, wie die Empirie, daß nämlich jene überlieferte Lehre

als eine antiquarische unmöglich eine auf unsere heutigen Verhältnisse noch anwendbare sein könne, und durch eine solche historische Kritik wird sich demzufolge die empirische Anschauung des betreffenden Rechts von selbst wiederholt als eine berechtigte und als eine allein mögliche ergeben.

Die zweite Aufgabe der Geschichte (als „historische Kritik") nun dürfte in der vorliegenden Lehre in ihrer praktischen Wirksamkeit besonders sichtlich hervortreten; denn selbst auch die Geschichte wird uns die heutige Unanwendbarkeit der bisher herrschenden Lehre von der „actio" neg. und conf. wiederholt zeigen.

Erforschen wir nämlich die techniche Bedeutung des Ausdruckes „actio" in Rom[1]) überhaupt, so erscheint der Ausdruck bisher noch kaum in seiner historischen Wahrheit aufgeklärt. Der Ausdruck „actio"[2]) bezeichnete urspünglich in Rom keineswegs ein „Rechtsmittel" in unserem heutigen Sinne schlechthin, so daß wir sagen könnten, die Römer, indem sie von einer bestimmten Voraussetzung die Gewährung einer „actio" neg. und conf. abhängig gemacht, hätten — wie die herrschende Lehre — von derselben Voraussetzung die Zulassung

1) Das Wort ist hier selbstverständlich nur in seiner juristischen Wortbedeutung, und innerhalb der letzteren wieder nicht als Bezeichnung für die einseitigen Gerichtshandlungen des magistratus, insbesondere nicht als voluntaria jurisdictio, sondern allein in seiner Anwendung auf die streitige Rechtspflege, zu verstehen.

2) Ueber den Begriff der actio wurde in neuerer Zeit ein reger Streit bemerkbar. Ich erinnere an Windscheid's: Aktio des röm. Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts 1856, die Gegenschrift von Th. Muther: zur Lehre der röm. Aktio u. s. w. 1857, und wieder Windscheid: die Aktio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther 1857. — Behufs Ermittlung des Begriffes der actio wird vor Allem die historische (processuale) Bedeutung der römischen actio von dem empirischen (materiellen) Begriffe unserer heutigen Klagen oder Rechtsmittel zu trennen sein. Nur die nähere Ermittlung jener historischen Bedeutung der actio ist hier die Aufgabe dieser geschichtlichen Abtheilung unserer Untersuchung.

aller negativen und confessorischen „Rechtsmittel“ abhängig erklärt. Vielmehr bezeichnete actio in Rom ursprünglich nichts anderes, als; — — ein „judicium“ —: derjenige, welchem eine actio zustand, hatte damit das specifische Recht, seinen Anspruch vor einem judicium von cives u. s. w. zu verfolgen. —

Bekanntlich aber war in Rom das Prozeßverfahren vor einem judicium keineswegs die einzige Form des Verfahrens; neben ihm bestand z. B. als eine weitere Prozeßform die extraordinaria cognitio. Insbesondere stand denjenigen Instituten (Eigenthum und Servituten), mit welchen anerkanntermaßen die neg. und conf. actio in Verbindung trat, überdieß — neben diesen Aktionen — auch nach Interdikte zur Seite, welche gleichfalls theils negativer (prohibitorischer), theils positiver (confessorischer) Natur sind, und von welchen Interdikten eine nähere geschichtliche Forschung ergeben wird, daß sie alle ursprünglich nur zu einer extraord. cognitio berechtigten. Ferner bestanden auch zum Schutze sonstiger Institute des gesammten übrigen Civilrechts — abgesehen von den Rechtsinstituten des Eigenthums und der Servituten, im Familien- im Erbrechte u. s. w. — in Rom nicht blos solche (theils negative theils confessorische) Interdikte, sondern, wie sich aus § 4 ergeben wird, selbst auch zum Theil negative „actiones“. — Es ist deßhalb schon geschichtlich entschieden unwahr, daß in Rom nur bei der Eigenthums- oder Servitutenklage — wie die herrschende Lehre annimmt — negative und confessorische „Rechtsmittel“ (in unserem heutigen Sinne von Rechtsmitteln) zugelassen wurden. —

Durch diesen geschichtlichen Nachweis somit wird die herrschende historische Lehre wiederholt, und zwar auf ihrem eignen geschichtlichen Boden, widerlegt werden können; denn: war diese Lehre schon für Rom selbst unwahr, so werden wir dieselbe wohl — nach den eignen Grundsätzen der historischen Schule — umsoweniger heutzutage als berechtigt anerkennen dürfen.

Der uns obliegende historische Nachweis der wahren Bedeutung der römischen „actio" ist somit ein doppelter:

I. ein direkter: actio bezeichnet ursprünglich nur die Befugniß vor einem judicium Recht zu erholen;

II. ein indirekter: keinem andern Rechtsmittel stand in Rom ursprünglich die gleiche Funktion zu; insbesondere nicht den Interdikten, welche zwar zur Zeit von Gajus u. s. w. längst gleichfalls zu einem judicium führten, ursprünglich aber lediglich extraordinariae cognitiones waren.

Zu I. Actio ist gleichbedeutend mit judicium.

a) Indirekte Beweise und allgemeinere Vermuthungen.

Werden wir uns schon allgemein einleitend die Frage aus geschichtlichen Gründen glaubhaft bejahen können: ob denn die judicia für die Römer wirklich ein so großes Gewicht gehabt haben werden, daß diese für die Regelung der Zulassung solcher judicia ein so umfangreiches Klagensystem geschaffen haben sollten, wie sich uns etwa das römische Aktionensystem darstellt?

Um dieß zu können, müssen wir uns zuvor den Sinn und den Werth eines „judicium" für die Römer, — sowie die Motive seiner Einführung überhaupt, — so recht lebendig vor Augen stellen.

Motive für eine hohe Werthschätzung der judicia finden sich in Rom allerdings in einer mehrfachen Weise gegeben. — Vor Allem ergibt sich durchgängig in der Geschichte die Thatsache, daß in freien Staaten die Aburtheilung vor einem Gerichte aus Mitbürgern an der Stelle der Aburtheilung durch Beamte als ein Palladium der Freiheit betrachtet wird, während umgekehrt der sich geltend machende Absolutismus die Aburtheilung durch von ihm bestellte Beamte bevorzugt. — Aus diesem Motive erklärt es sich, warum im späteren Rom, bei dem Umsichgreifen des Absolutismus der späteren Kaiserzeit, das judicium wieder der Aburtheilung durch einen magistra-

tus (oder pedaneus judex) weichen mußte. Aus demselben Grunde sieht ja umgekehrt auch z. B. wieder die Gegenwart in der Aburtheilung von schwereren Verbrechen sowie von Preßvergehen u. s. w. vor Mitbürgern oder Geschwornen ein Postulat der bürgerlichen Freiheit; zum Theile aus dem gleichen Grunde endlich neigt sich unsere Gegenwart wiederholt selbst zur Einführung einer Civiljury. — Ganz natürlich erscheint es deßhalb, daß auch im freien Rom, zur Zeit der Republik, das Recht, vor einem judicium zu stehen, gegenüber dem nicht hiezu führenden Prozeßverfahren extra ordinem, zu einem werthvollen Rechte — und zu einer besonderen, verfassungsmäßigen Ausbildung und Darstellung — gelangen mußte.

Gleich wirksame Motive überdieß, wie das eben angedeute politische, lassen auch die materiellen Vorzüge vermuthen, welche die Römer in dem judicium gegenüber der ausschließlichen Rechtssprechung des magistratus erfahen. So u. a. in dem freieren Recusationsrechte des Rechtsuchenden bei einem album judicum, im Vergleiche mit dem Recusationsrecht gegenüber einzelnen magistratus, jenem Rechte, welches Cicero insbesondere als eine besondere Garantie der Freiheit rühmt; ebenso in all' den sonstigen materiellen Vorzügen, welche die Trennung der Rechtsfindung von der Aburtheilung mit sich bringt; (hierüber u. a. auch schon Puchta, das Gewohnheitsr. III. Buch S. 126).

Schon diese Thatsachen werden eine begründete Vermuthung ergeben, daß allgemeinere Motive für die Ausbildung eines Systems von judicia in Rom zur Genüge vorhanden waren. — Ein Motiv indessen trat in Rom noch besonders hinzu: — das judicium war dort ursprünglich nicht blos jene ebengeschilderte politisch und materiell werthvollere Prozeßart im Vergleiche zur extraord. cognitio, sondern auch zugleich

ein privilegirter Gerichtsstand: der cives gegenüber den Fremden.

Bekanntlich bestanden nämlich in Rom mindestens 2 Systeme von judicia[3]): einmal die civilen und dann die prätorischen (quae imperio continentur), und es ist zu untersuchen, welche Gattung dieser judicia zuerst dieses privilegium der cives bildete.

Civile judicia[4]) waren ohne Zweifel die legis actiones; letztere waren sämmtlich „judicia", soweit der Prozeß der legis actio ein Aburtheilen erforderte und derselbe nicht etwa sofort mit der Exekution begann, wie bei der legis actio per manus injectionem und per pignoris capionem; — denn bei der l. a. per „judicis arbitrive" postulationem lag dieß schon im Namen ausgesprochen, und bei der l. a. sacramento sowie der l. a. per condictionem (ad judicem capiendum) unterlag dieß keinem Zweifel. Gajus IV § 15, 18. —

Zahlreicher als die Spuren der civilen sind die Spuren der früheren prätorischen „judicia" [5]) erhalten, welche ju-

3) Dabei lasse ich die Frage dahingestellt, wieweit etwa u. a. in Folge von Staatsverträgen die recuperatio, welche wohl an die Stelle der Gerichtsbarkeit der Fetialen trat, für den Verkehr der Römer mit den Peregrinen eine Zeit lang noch ein drittes System von judicia mit sich brachte. Keller röm. Civil-Proc. § 8. Puchta Kursus I § 83, und ob auch diese judicia auf die Gestaltung des späteren röm. Aktionensystems von Einfluß geworden sind.

4) Spuren des Namens dieser ursprünglichen civilen judicia, wenn auch mit Wegfall des judicium selbst, finden sich sogar noch im Just. Aktionensysteme erhalten; so z. B. in dem Namen der rei vindicatio, deren Name an die vindiciae vor der l. a. sacramento erinnert, und welche allem Vermuthen nach an die Stelle dieser legis actio traten (cf. l 1 § 2 l. 23 pr. D. R. V. 6, 1); ebenso die condictiones (§ 15 J. de act. 4, 6) als Fortsetzung der l. act. per condictionem; etwa in der petitio servitutis, hereditatis u. s. w.

5) Wie wir später wiederholt bestätigt finden werden, erscheinen als Fortbildungen solcher prätorischen judicia, deren Ediktsstellen mit der ur-

dicia von der Zeit an entstehen konnten, seit welcher die lex Aebutia und die leges Juliae dem praetor die Befugniß verlieh, ein judicium und eine formula zu geben. —

Die ältesten dieser beiden judicia nun, sowie dasjenige Klagensystem, welches unsere Behauptung, daß die judicia ursprünglich ein „Privilegium" der cives waren, allein nachzuweisen vermag, sind unzweifelhaft die judicia des jus civile. Und ich glaube demzufolge allerdings mit der Mehrzahl der heutigen Historiker und entgegen der Anschauung Kellers (röm. Civ.-Proc. 2. Aufl. § 12 S. 47 in f.) bei der schroffen Abtrennung des proprium jus Quiritium von den Rechten der Nichtquiriten, daß von diesen ältesten und anfänglichen judicia der cives — ursprünglich wiederhole ich und abgesehen von einzelnen Völkerbündnissen — Nichtcives ausgeschlossen sein mußten, und demzufolge die judicia wirklich ein Privilegium der cives waren.

Daß dem so war, beweist einmal der Umstand, daß selbst in der späteren Zeit noch, als der Verkehr der cives mit den Nichtcives bereits durch das spätere Formularverfahren vermittelt wurde, sobald eine actio mit Bestellung eines judicium zwischen einem civis und peregrinus eintrat, der praetor noch immer wenigstens die Fiktion zu Hülfe nehmen mußte, der Peregrine sei ein civis:

> Gajus IV § 37. Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est. — Formula ita concipitur: „judex" esto etc.;

beweist ferner, daß diejenigen Personen, welche die Civität verloren hatten, keine legitima persona standi in „judicio"

---

sprünglichen Formel „judicium dabo" zum Theil noch erhalten sind: die actio Publiciana Pauliana, die actiones emti, venditi, locati conducti, commodati, depositi, mandati pro socio u. s. w. § 2 J. 1, 2.

mehr hatten (l. 7 § 3 D. de capite minutis 4, 5), und daß auch diesen selbst noch in der späteren Zeit der Prätor durch Fiktionen zu Hilfe kommen mußte. (Keller röm. Civ.-Pr. S. 119 Note 343 Gajus III § 84 IV § 80) — beweist endlich die Definition des legitimum judicium bei Gajus IV § 109: si inter omnes cives Romanos accipiatur judicium, legitimum est: das heißt: zu einem, der ursprünglichen lex, also den XII Tafeln, entsprechenden, verfassungsmäßigen (legitimum oder legitimo jure consistens) judicium hatten nur cives Zutritt. — Zwar gaben bekanntlich spätere leges (abgesehen von jener lex im engeren Sinne — den XII Tafeln —) gleichfalls judicia für cives und Fremde; diese waren aber nicht mehr legitimae actiones oder judicia, sondern, wie Gajus IV § 109 bestätigt, von diesen unterschiedene bloße actiones (judicia) „ex lege“.

Ebenso, wie die lex, konnte zwar, wie erwähnt, später auch der praetor im Formularprocesse für den gleichen Fall ein judicium, quod imperio continetur, gewähren (formulam dare. Gajus IV § 105 u. 109). Allein dieser Umstand beweist keineswegs, daß das judicium früher nicht ein Vorzugsrecht der cives war; vielmehr bestätigt ganz im Gegentheil diese spätere Ausnahme nur wieder die frühere Regel, daß zu den für cives bestimmten judicia der Volksversammlungen, der pontifices, der decemviri, centumviri, solange die jurisdictio des Prätors noch nicht ihre spätere Machtvollkommenheit erlangt hatte und gleichfalls judicia gewähren konnte, ursprünglich nur cives zugelassen wurden. — Denn die Jurisdiktion der Prätoren reicht bei weitem nicht zu den XII Tafeln hinauf; es konnten also bis zur Entstehung der Befugniß des Prätors, mittels der formula ein judicium zu gewähren, somit bis etwa in das 6. Jahrhundert der Stadt, den Nicht-cives kein prätorisches Recht zu einem judicium verhelfen.

Schon lange zuvor aber — schon zufolge der erhaltenen Fragmente der XII Tafeln (z. B. Cic. de legibus I, 21, de officiis III, 15, Festus s. v. vindiciae, Puchta Cursus II § 154), jedenfalls also schon am Beginne des 4. Jahrhunderts — finden sich civile Bestimmungen über die Bestellung von judices und arbitri; diese Vorschriften der XII Tafeln waren ferner nach dem, im antiken Rom maßgebenden, Prinzipe der persönlichen Rechte[6]) nur für Quiriten anwendbar; es waren somit ursprünglich nur für cives judicia gegeben, nicht auch für Fremde.

Kurz also: das judicium war ursprünglich nicht nur eine werthvolle Befugniß gegenüber der extraord. cognitio überhaupt, sondern auch ein wirkliches Privilegium der cives gegenüber den Nichtcives, und dieß war gewiß Motiv genug für die römische Jurisprudenz, die Regeln über die Zulässigkeit eines judicium in einem Systeme darzustellen, welches an sich kaum weniger umfangreich gewesen sein mußte, als das von Justinian überlieferte Aktionensystem.

Gehen wir nun — noch Klarlegung der Motive, welche in der früheren klassischen Periode des römischen Rechts zur Darstellung eines besonderen Systems von judicia führen mußten, — näher auf die weitere Frage ein: welches unter den im Just. Recht überlieferten Klagensystemen konnte dasjenige gewesen sein, welches in den früheren Perioden jenes bevorzugte Recht zu einem „judicium" wirklich gewährte? — Wie bereits angedeutet, läßt schon in vornherein — das Gewicht, welches das röm. Rechtssystem auf das jus actionis legte; der Umstand, daß bei Lösung der obigen Frage unter den im Just. Rechte überlieferten, das ganze Rechtssystem durchziehenden, Klagensystemen überhaupt vorzugsweise nur 2 in Betracht kom-

---

6) Savigny Geschichte I § 30 mit Note c. § 2 J. I, 2.

men können, die actiones und die interdicta, endlich daß unter diesen die Aktionen vor den Interdikten so beträchtlich bevorzugt wurden, — vermuthen, daß die ursprüngliche Aufgabe der actio in der That keine andere war, als: die Fälle festzustellen, in welchen es gestattet war, vor das privilegirte judicium zu treten.

Das jus actionis nämlich war ursprünglich keinerlei Zeitbeschränkung unterworfen: perpetuae actiones; und selbst in der spätesten Zeit unterlag es keineswegs der kurzen Verjährungsfrist der Interdikte. — Das Gesetz ferner oder der praetor gewährte selbst da noch solche bevorzugte actiones, wo für die ganz gleichen Bedürfnisse schon Interdikte bestanden; z. B. eine actio Pauliana neben dem für ganz gleiche Zwecke gegebenen interdictum fraudatorium; eine actio Serviana neben den zu gleichem Zwecke vorhandenen interdictum Salvianum; eine actio Publiciana neben den älteren Interdikten des possessor; ja diese actiones concurriren durch das ganze Rechtssystem hindurch mit den Interdikten; diese Hinzufügung von actiones zum Schutze der Interdikte beweist also wieder, daß die actio mehr Recht gewähren mußte, als das Interdikt. — Auch ist für die Thatsache, daß das jus actionis ein bevorzugtes Klagerecht gewährte, der Umstand charakteristisch, daß die ursprüngliche civile actio keineswegs, wie unser heutiger Begriff des Rechtsmittels, vom Rechtsprechenden (praetor) schon als ein selbstverständliches annexum eines jeden wirklich gegebenen materiellen Rechtsanspruches verliehen wurde, sondern man konnte in Rom einen materiellen Rechtsanspruch haben, ohne einer actio theilhaftig zu sein, und die actio mußte zu diesem materiellen Anspruche noch als ein besonderes formelles Recht, als besondere Befugniß, erst hinzutreten. Dadurch allein erklärt es sich, wie Gajus (I § 8) und selbst auch das Institutionensystem (§ 12 J., 1, 2), obgleich diese aus der klassischen

Periode stammende Eintheilung zur Zeit der Compilatoren keinen Sinn mehr hatte, noch das jus, quod ad actiones pertinet, als eine dritte, selbstständige Kategorie von „Befugnissen" neben dem jus, quod ad personas und res pertinet, im Rechtssysteme aufstellen, wie ferner der Pandektentitel de obligationibus et actionibus (44, 7) die actio als ein selbstständiges Recht neben die obligatio einreihen konnte.

Von diesen Vermuthungen gehen wir zu dem allein entscheidenden direkten Beweise über, daß die actio bestimmt das Recht auf ein „judicium" bezeichnete.

b) Direkte Beweise.

Diese Identität von actio und judicium ist in völlig entscheidender Weise in den Legaldefinitionen der actio im römischen Recht direkt bestätigt:

> l. 51 D. O. et A. 44, 7: nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, „judicio" persequendi;
>
> pr. J. de act. 4, 6: actio nihil aliud est, quam jus persequendi in „judicio".

Damit diese Definition indessen, trotzdem dieselbe sich in den römischen Quellen wiederholt, nicht dennoch als ein bloßes Spiel des Zufalls betrachtet werden könne, wird die letztere Legaldefinition überdieß in dem, unmittelbar an dieselbe sich anschließenden § 1 J. de act. 4, 6 noch ausdrücklich in gleichem Sinne erläutert:

> omnium autem actionum, quibus apud „judices arbitrosve" quaeritur etc.

Ein ähnliches Zeugniß findet sich in einem Scholiasten des Terenz: Guido ad Ter. Andr. III 1, 7: „Actum" est — est autem illud dictum a jure civili deductum, in quo cavetur, ne quis rem actam apud „judices" repetat.

Daß auch die prätorische actio ursprünglich stets zu einem judicium führte, beweisen die, für die prätorischen „actiones“ erhaltenen Ediktsstellen mit der regelmäßig wiederkehrenden Formel: „judicium“ dabo; z. B. die Ediktsstelle der Publiciana (l. 1 pr. D. de Publ. 6, 2) die Ediktsstelle in l. 1 § 1 D. depositi (16, 3) u. s. w.

Dieselbe Identität von judicium und actio beweist ferner die Thatsache, daß in den römischen Quellen sich statt des Wortes actio fortwährend das Wort judicium als gleichbedeutend angewendet findet. So z. B. im ganzen IV. Buche des Gajus; in dem Institutionentitel de actionibus (4, 6) z. B. § 30 eod: bonae fidei judicium; § 37: de dote judicio; § 38: si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor etc.; ebenso bei den Gattungsbegriffen z. B. in factum judicium statt in fact. actio in l. 5 § 1 D. 2, 7; l. 12 D. 19, 5; duplex judicium statt duplex actio (fam. ercisc., communi dividundo, finium regundorum): l. 13 D. de judiciis 5, 1; — endlich in unzählichen einzelnen Anwendungen; z. B. Publicianum judicium statt Publ. actio l. 13 § 1 D. 6, 2; judicium ex lege Aquilia statt actio l. Aqu. Gajus IV, 109; Servianum judicium statt Serv. act. l. 2 D. de Salv. interd. 43, 33; Cascellianum judicium Gajus IV § 169; judicium de usufructu abwechselnd mit actio de usufr. in l. 6 D. 7, 6: qui de usufr. judicium accepit, si desiit possidere sine dolo, absolvitur; quod si liti se obtulit et quasi possessor actionem de usufr. accepit, damnabitur u. s. w.

Dieß alles würde nicht sein können, wenn nicht actio wirklich ein Recht zu einem judicium bezeichnet hätte. — Dieß somit der historische Sinn der römischen actio; mehr Beweis, als diesen: daß die Identität beider Begriffe in den historischen Quellen mit direkten Worten ausgesprochen und in

wiederholter Anwendung sich bewähre, wird wohl kaum mit Fug verlangt werden können. —

Zu II. Die Interdikte unterliegen ursprünglich der extraordinaria cognitio.

Das Interdiktenverfahren hat nachweisbar 3 Hauptperioden:

1) Periode der extraordinaria cognitio: solange der praetor noch nicht die Macht hatte, eine actio zu gewähren.

2) Periode, in welcher auch bei Interdikten judicia verliehen wurden: — nach der lex Aebutia, zur Zeit des Cicero, Gajus. — Doch war selbst zur Zeit Ulpian's neben dem judicium für Interdikte noch die Möglichkeit einer extraord. cognitio gegeben (Karl Ad. Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer. Leipzig 1853 S. 310 folg.) — Aus dieser Periode datiren die Stellen, welche hie und da das interdictum mit der actio identificiren, z. B. der Ausdruck interdicti actio bei Paulus recept. sent. V. 6 § 10; ferner der Ausdruck interdicti formula; ebenso die Aeußerungen Ulpian's in l. 37 D. O. et A.: interdicta quoque actionis verbo continentur; und in l. 5 § 12 D. 43, 24, wo Ulpian das interd. quod vi aut clam selbst eine actio nennt. —

3) Schlußperiode der späteren Kaiserzeit, in welchen sich die interdicta neben allen andern Rechtsmitteln wieder in eine extraord. cognitio auflösen, die früheren Grundbegriffe jus und judicium sich äußerlich vermischen und der Name judex selbst für den Beamten (judex pedaneus) gebraucht wird; (vgl. Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik u. s. w. IX S. 87); auf diese Periode bezieht sich der § 8 J. de interd. 4, 15; etwa auch die actio recuperandae poss. in c. 1 Cod. si per vim 8, 5 (vom Jahre 326), und sonstige andere derartige Vermischungen der früheren Grundbegriffe.

Nachdem nun das Bestehen der 2. und 3. Periode niemals bezweifelt wurde, ist hier lediglich das Bestehen der ersten dieser 3 Perioden nachzuweisen. —

Unsere bisherigen Schriftsteller sind bezüglich dieser Periode getheilter Ansicht. Die Mehrzahl nimmt, verleitet durch das Zeugniß des Gajus, an, daß mit den Inderdikten von jeher ein judicium verbunden war. Einzelne z. B. Puchta Cursus II § 169 in fine halten es für nicht unwahrscheinlich „daß die Interdikte zu einer Zeit entstanden, wo der praetor noch keine actio geben konnte". Andere endlich erkennen direkt an, daß unsere Rechtsmittel ursprünglich einer extraord. cognitio ohne judicium unterlagen z. B. Keller röm. Civilprozeß und die Aktionen 2. Aufl. § 22 S. 84. — Gehen wir deßhalb näher auf eine Beweisführung ein. —

a) Indirekte Beweise und Conjekturen.

Sucht man zunächst nach allgemeineren Beweisen, daß die Inderdikte ursprünglich einer extraord. cognitio unterlagen, so darf man wohl auch bei ihnen schon in vorneherein — nach ihrem ganzen Gebahren — vermuthen, daß dieselben ursprünglich kaum den Vorzug eines judicium zu gewähren bestimmt gewesen sein werden.

1) Vor Allem ist deren, wie bereits angedeutet, auffallend kurze Verjährungsfrist gegenüber den perpetuae actiones eine Vermuthung dagegen, daß sie zur Gewährung eines so bevorzugten Rechtsmittels bestimmt gewesen sein werden, wie ein solches thatsächlich das judicium in Rom war.

2) Dasselbe wird sich aus der Thatsache ergeben, daß die Inderdikte ihrer Bestimmung nach lediglich zum Schutze des rechtlich zurückgesetzten jus gentium gegeben sein konnten, während oben bereits nachgewiesen wurde, daß die „judicia" ursprünglich lediglich ein Privilegium des jus civile, keinesfalls auch für das jus gentium bestimmt, waren.

Die Thatsache, daß die Interdikte ursprünglich nur dem jus gentium dienten, läßt sich vielleicht sofort mit einigen Gründen belegen.

α) Zum Schutze des jus civile konnten die Inderdikte nicht bestimmt gewesen sein, denn diesem standen sie völlig parallel und selbstständig gegenüber.

Dieß ergibt sich aus deren einzelnen Anwendungen. So war für Vorschriften, welche bereits in den XII Tafeln enthalten waren und daher jedenfalls ein civiles judicium begründeten, noch besonders ein „interdictum" de arboribus caedendis und quod vi aut clam gegeben l. 1 § 8 D. de arb. caed 43, 27; l. 25 § 5 D. loc. cond. 19, 2. Wenn aber das jus civile schon sogar ein besseres Rechtsmittel — eine actio — hatte, warum sollte für dasselbe jus civile in derselben Anwendung noch ein weiteres Rechtsmittel gegeben sein? — In gleicher Weise concurrirt ferner die civile actio ad „exhibendum" mit verschiedenen Inderdikten: dem interdictum de tabulis „exhibendis" und de glande legenda. (Schmidt Interdiktenverfahren S. 299 und 300.) So besteht neben der aus dem 5. und 6. Jahrhunderte der Stadt stammenden civilen actio legis Aquiliae das interd. quod vi aut clam l. 13 § 2 D. de usufr. et quem. 7, 1; l. 13 pr. D. 43, 24; l. 6 §.1 D. 8, 5. Paulus rec. sent. V 6 § 2 bemerkt, daß dafür: ne quis via publica aliquem prohibeat, sowohl eine actio als ein Interdikt' bestehe: (ut interdictum, ita et actio proponitur); ebenso, daß adversus eum, qui hominem liberum vinxerit etc. „tam interd. quam legis Fabiae actio" gegeben sei: recept. sent. V, 6 § 14 u. s. w. — Kurz nirgends findet sich ein bloßes supplere des jus civile, sondern durchgehends für völlig gleichgeartete Fälle die Concurrenz eines Interdiktes neben einer, ein weit besseren Schutz gewährenden, actio des jus civile; — und dieß hätte unmöglich einen Sinn gehabt, soferne den In=

terdikten nicht eine selbstständige Bestimmung neben dem jus civile innegewohnt d. i. dieselben nicht einem anderen Rechtssysteme gedient hätten.

β) Die Interdikte waren ursprünglich auch keineswegs Bestandtheile des prätorischen Rechts, — wenn auch der praetor es war, welcher später nach denselben Recht sprach, und wenn auch der praetor viele derselben, (nicht alle: Schmidt Indertiktenverfahren S. 23 f.) ebenso seinem Edikte einverleibte, wie seiner Zeit einzelne judicia (actiones). — Denn ähnlich, wie neben den actiones des jus civile, bestehen auch neben den prätorischen actiones und diesen parallel Interdikte; z. B. das interd. de praecario neben einer praescriptis verbis actio l. 2 § 2 D. de praecar. 43, 26; die prätorische (l. 1 pr. D. quae in fraudem 42, 8) actio Pauliana neben dem für die ganz gleichen faktischen Voraussetzungen gegebenen interd. fraudatorium; die prätorische actio Publiciana neben den Interdikten des possessor. — Gerade umgekehrt ergibt sich vielmehr, daß die Interdikte selbst wieder von dem praetor als utilia interdicta analog fortgebildet wurden (Schmidt das Interdiktenverf. S. 306), keineswegs also, daß die Interdikte das Ergänzungsmittel des jus praetorium waren. Ja es finden sich Fälle, in welchen nicht einmal das Interdikt weitergebildet, sondern zum Ausbau des bisherigen Rechtsschutzes, welchen zuvor die Interdikte unvollständig gewährten, lediglich eine neue prätorische Klage gegeben wurde; z. B. Paul. rec. sent. V 6 § 5: es wird jemand aus einem Schiffe vi dejcirt; hier steht kein Interdikt zu Gebote; der praetor verlieh deßhalb eine utilis „actio“. — Diese Supplirung des Interdiktensystems durch den praetor konnte mit Unrecht zu dem Irrthume führen, als ob die Interdikte überhaupt aus der jurisdictio des praetor geflossen wären. Offenbar war dieß

bei den Interdikten so wenig der Fall, als bei dem gleichfalls vom praetor supplirten jus civile!

γ) Sind hienach die Interdikte weder Ergänzungsmittel des jus civile, noch Bestandtheile des jus praetorium, so ist keine andere Bestimmung derselben denkbar, als, daß dieselben ursprünglich dem Schutze des jus gentium dienten. Hierüber weitere Anhaltspunkte unter 4.

3) Auf eine extraord. cognitio der Interdikte deutet auch der fernere Umstand, daß für diejenigen Personen, welchen keine legitima persona standi in judicio (keine actio) zur Seite stand, solange die Jurisdiktion des Prätors nicht eingreifen konnte, allen Umständen nach kein anderes Rechtsmittel bestanden haben mußte, als das interdictum; ein Beweis für die letztere Annahme ergibt sich vielleicht aus einer Stelle Ulpians, welche noch auf einem Zeugnisse des Pomponius fußt: l. 1 § 2 D. R. V. 6, 1 Per hanc actionem (sc. rei vindicationem) liberae personae, quae sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praejudiciis aut „interdictis" aut cognitione Praetoria; et ita Pomponius: nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet .... ait enim, adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

Hiezu muß erläuternd in Betracht gezogen werden, daß wir es hier mit der civilen reivindicatio zu thun haben, welche, wie schon bemerkt, bei der Verschmelzung von jus und judicium unzweifelhaft an die Stelle der l. actio sacramento, somit eines civilen „judicium", trat, und daß der Sinn der Stelle wohl folgender ist: Kinder können nicht vor einem judicium belangt werden, (weil ihnen die legitima persona standi in judicio fehlt); etwas Anderes ist es, wenn ich ein Kind auf Grund einer „causa" ex jure Quiritium, d. h. in Folge „eines Erwerbgrundes" der p. potestas, allenfalls

in Folge einer Arrogation und damit von einem Dritten, vindicire.

4) Endlich beweist die Thatsache, daß das Interdiktenverfahren, wie Gajus bestätigt, späterhin nur zu einem prätorischen judicium berechtigte, daß vor der Ausbildung der prätorischen Jurisdiktion, (vor der lex Aebutia und den leges Juliae oder dem 6. Jahrhundert der Stadt), das Interdikt überhaupt nicht zu einem judicium führen konnte.

Es ist deßhalb ergänzend zu diesen Beweise nur noch zu ermitteln, ob die Interdikte denn wirklich ein so hohes Alter erreichen, daß dieselben die Entstehung des Formularprozesses, jene Zeit, seit welcher der praetor judicia gewähren konnte, überragen.

An einem grauen Alter der Interdikte aber ist kaum jemals von einem Schriftsteller gezweifelt worden. (Huschke Studien S. 3, 5; Keller röm. Civ.-Proc. § 22; Schmidt das Interdiktenverfahren der Römer S. 303 und 313). — Zur Zeit des Cicero bestanden dieselben bereits in vollster Anwendung; trotzdem ist aus der histor. Zeit Roms keine Notiz über deren Entstehung erhalten; ihre Entstehung fällt daher unzweifelhaft in die vorhistorische Zeit Roms, und nur Conjekturen können derselben in ihre Wiegenzeit folgen.

Auffällig ist in dieser Beziehung vor Allem schon die historische Notiz des Gajus IV § 140 (§ 1 J. de interd. 4, 15), daß nach einer Meinung eigentlich nur die prohibitoria interdicta wahre Interdikte gewesen seien. Damit in Zusammenhang ist zu setzen: einmal die negative Fassung, welche die erhaltenen Formeln der Interdikte in dem Beisatze vim fieri veto zeigen (vgl. beliebige Formeln in Gajus IV § 160; l. 3 § 11 D. de itinere 43, 19; l. 1 pr. D. de arb. caed. 43, 27; l. 1 pr. D. de glande leg. 43, 28 u. s. w.); sodann aber hauptsächlich auch der von Schmidt (das Interdiktenverf. S. 50)

hervorgehobene Umstand, daß die Interdikte, abgesehen von dieser negativen Fassung, was noch charakteristischer, auch hie und da den in jene negative Fassung eingekleideten Befehl enthalten, jemanden nicht an der Vornahme einer Handlung zu hindern.

Diese Rechtsprechung scheint unwillkürlich an jene graue Zeit und jenen ältesten Zustand des römischen Prozesses zu erinnern, in welchem der Mangel eines commercium noch einen Vertragsabschluß mit persönlicher Verpflichtung und das sogen. „Prinzip der persönlichen Rechte", zufolge dessen jeder Stamm nur seinem eignen Rechte unterworfen war (zum Unterschiede von dem heutzutage geltenden Prinzip des territorialen Rechts), noch einen Befehl oder Zwang des Rechtsprechenden zu einer positiven Leistung gegenüber einem andern Stammangehörigen unthunlich machte.

In jener primitiven Zeit mußte nicht nur die Jurisdiktion zwischen cives und Fremden sich auf eine blose beiderseitige Abwehr (vim fieri veto) beschränken, sondern auch die durch jene negativen Interdikte geschützten Rechtsgeschäfte selbst konnten nur in eine Form eingekleidet werden, in welcher die Rechtsverhältnisse, Verträge u. s. w. zwischen cives und Peregrinen noch nicht zu einem positiven Handeln verpflichten konnte, sondern nur zu einem Dulden, somit zu den dinglichen Rechten: insbesondere zu einer servitus, quae in faciendo consistere nequit. — So erklärt sich das Alter der Interdikte vielleicht weiter dadurch, daß sich in Rom nur unter deren Schutze jene uralten Rechtsgestaltungen der römischen Servituten mit ihrem negativen Charakter, (quae in non faciendo consistunt), so wunderbar und so vielseitig ausbildeten, während gleichzeitig unsere heimischen Reallasten, welche auf einem positiven facere beruhen, dort zu gar keiner Ausbildung gelangten. So erklärt es sich, wie unter dem Schutze dieser negativen Interdikte selbst jene Miethverträge sich ausbildeten, welche in

einen dinglichen Charakter der habitatio eingekleidet waren; ein Verkauf von Häuser- und Grundbesitz, auf welchen der dingliche Charakter der superficies und emphytheusis übertragen war; ein Pacht, welchen die Verhältnisse zum dinglichen usus und usus fructus stempelten u. s. w.

Auf dasselbe hohe Alter deutet vielleicht auch die Etymologie des Wortes interdictum. Das „dicere" an sich bezeichnet unzweifelhaft ein „Recht sprechen" (z. B. jus dicere l. 2 § 23, 28 D. 1, 2 — l. 1, 10, 14, 18, 20 D. 2, 1 — l. 1 § 2 D. 2, 2 — tit. D. 2, 3; — sententiam dicere l. 1 § 1 D. 2, 12; — vindiciam dicere Gajus IV § 16; — mulctam dicere u. s. w.). — Aber wozu den Nachdruck auf das „inter" — dicere? Involvirt dieß wohl dieselbe Bedeutung, wie heutzutage etwa noch das inter in dem Worte „international"? — In der That ergab sich in Rom in Folge des schon erwähnten Prinzipes der persönlichen Rechte Gelegenheit genug zur Rechtsprechung zwischen verschiedenen Stämmen, welche verschiedenen Rechten unterworfen waren; so u. a. inter patres conscriptos et plebem, solange nicht die Secessionen auf den heiligen Berg u. s. w. deren Rechte einigten; dauernder noch: inter cives (Quirites) et peregrinum; (ob früher auch etwa inter Ramnes, Tities, Luceres?) — — kurz insolange bedurfte es in Rom einer Art internationaler Rechtsprechung, bis sich die verschiedenen Stämme, aus welchen sich Rom gestaltete, allmälig zu Mitbürgern mit einem einheitlichen jus civile einigten. — In der That bewähren auch die ältesten römischen Institute, welche durch Interdikte Schutz fanden, daß es sich bei den Interdikten um einen solchen mehr oder weniger internationalen Schutz handelte; beruhte doch die possessio, das einzige Eigenthum der Peregrinen in Rom, ursprünglich ausschließlich auf Interdiktenschutz. Nicht minder, wie bemerkt, die ursprüngliche quasi — possessio, nämlich

die servitus, welche wohl dem quiritischen mancipium entsprach und das älteste Sachenrecht der, des jus commercii nicht theilhaftigen, Fremden an den Vermögensgegenständen der Stammbürger Roms (den res mancipi) bezeichnet haben mochte.

Dasselbe hohe Alter der Interdikte endlich beweist wohl auch der Umstand, daß das interdicere nach anderen geschichtlichen Notizen zugleich ein denuntiare bezeichnet: § 1 in f. J. de interd. — Das Wort „denuntiatio" nämlich ist unzweifelhaft identisch mit dem Worte nuntiatio; (denn das letztere Wort findet sich z. B. auch in der operis novi „nuntiatio" vor, und bei dieser wird das Wort denuntiatio gleichfalls an der Stelle von nuntiatio, und werden also beide Ausdrücke völlig gleichbedeutend angewendet; z. B. l. 1 § 7 D. quod vi aut clam 43, 24; l. 5 § 7 eod.). — Ist aber denuntiatio und nuntiatio gleichbedeutend, und trat erstere bei den Interdikten ein, so weist eben jene historische Erklärung der Interdikte als eine denuntiatio wiederholt auf jene älteste Periode der römischen Geschichte hin, in welcher noch die Prozeßeinleitung von dem Gebrauche von Auspicien abhängig war, oder kurz auf jene graue Zeit, in welcher die nuntiatio (deren Namen sich u. a. auch in der späteren litis denuntiatio erhalten hat) noch in ihrer ursprünglichen technischen Bedeutung auftrat. Vgl. herüber im Allg. Puchta Cursus I § 79 Text zu Note p und am Eingang.

Nach Cicero philipp. II 32 und Festus s. v. spectio (vgl. Puchta Cursus cit. Note e) nämlich hatte die Anordnung der Auspicien, die sog. spectio, in Rom der magistratus, die nuntiatio dagegen lag den Auguren ob; nach Paulus ex Festo involvirte diese denuntiatio eine condictio[7]) in diem certum; i. e. die Priester besorgten die

7) Die condictio finden sich hier auf den Interdiktenprozeß bezogen, welcher dem jus gentium angehört. An einem anderen Orte habe

Prozeßeinleitung. — Auch nach dem direkten Zeugnisse des Gellius X, 24 besorgten diese condictio oder denuntiatio die Priester: „sacerdotes“ quoque populi Romani, quum condicunt in diem tertium, diem perentini dicunt. — Die bei den Interdikten vorkommende denuntiatio deutete also wiederholt auf die ältesten Zeiten Roms, auf die uralte Theilnahme der Priester an der Rechtspflege. —

So erklärt es sich vielleicht auch, wie ein zum Schutze der possessio gegebenes Interdikt, das interd. „recuperandae“ unzweifelhaft seinen Namen auf die Recuperatoren übertragen konnte, auf jene peregrinen Richter, welche bekanntlich später an der Stelle der Priester, Fetialen u. s. w. die Peregrinenrechtspflege übernahmen.

Damit deutete das interdicere oder nuntiare nach allen Vermuthungen auf die ältesten Perioden Roms und auf eine Zeit, in welcher die Prätoren noch kein judicium gewähren konnten, somit auf eine „extraordinaria cognitio.“

β) Direkte Beweise.

Direkte, entscheidendere Zeugnisse[8]) dafür, daß die In-

ich behauptet, daß der spätere Ausdruck condictio im Just. Recht wohl unzweifelhaft eine hinterbliebene Spur der civilen legis actio per condictionem sei. Liegt hierin kein Widerspruch? — Gajus IV § 18 sowohl als die Institutionen § 15 J. de act. 4, 6 dürften dieß aufklären. Unzweifelhaft nämlich war die Prozeßeinleitung durch die priesterliche condictio eine gemeinschaftliche Prozeßeinleitung sowohl für das jus civile als für das jus gentium.

8) Eine Schilderung des älteren Interdiktenverfahrens scheint in der That die Schilderung des Prozesses der Virginia vor Appius Claudius durch Livius III, 44 und Pomponius (l. 2 § 24 D. orig. jur. 1, 2) zu sein. — Ganz abgesehen von einer historischen Wahrheit dieses ganzen Prozesses, mußten doch Livius sowohl als Pomp. diesen Prozeß jedenfalls so darstellen, wie die ihnen zu Gebote stehenden ältesten geschichtlichen Quellen das ältere Prozeßverfahren schilderten; die hiebei wiedergegebenen Ueberlieferungen aber lassen gleichfalls eine extraord. cognitio ersehen. Liv III, 44: M. Claudio clienti negotium dedit,

terdikte ursprünglich extra ordinem verhandelt wurden, finden sich vor Allem in einer bisher wenig beachteten Stelle der Just. Institutionen: § 8 J. de interdictis, 4, 15:

> de ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse, reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atqui si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Aus diesem Zeugnisse der Compilatoren folgt, daß, während der vetus exitus der Interdikte bestand, sobald extra ord. Recht genommen werden sollte, es nothwendig war, zu einem Interdikte zu kommen. — Diese historische Notiz der Compilatoren erscheint auch völlig unverdächtig. Weil nämlich zur Zeit Justinian's die ältere Prozeßform der Interdikte wohl eine aus geschichtlichen Quellen noch leicht zu entnehmende Thatsache war, weil den Redaktoren des corp. juris jedenfalls noch ein großes historisches Material zu diesem Behufe zu Gebote stand, so erscheint der vorliegende faktische Zusatz zu dem Institutionencommentare des Veroneser Gajus IV § 161 nicht minder glaubwürdig, als deren sonstige mehrfältige geschichtlichen Zusätze zu demselben Commentare z. B. pr. J. de codicillis 2, 25; § 1 J. de fideicommissariis hered. 2, 23 u. s. w.

Dasselbe Resultat ist angedeutet in pr. J. de interdictis: Sequitur ut dispiciamus de interdictis seu actionibus, quae „pro his“ exercentur. Da es in Rom nur 2 Grundfor-

---

ut virginem in servitutem assereret; — assertor ait, se jure grassari, non vi, vocat puellam in jus. Ad tribunal Appii perventum est; III 46: jus eo die se non dicturum, neque decretum interpositurum; III 47 Appius interfatur. Anderer Meinung ist die bisherige Litteratur über diesen Prozeß; z. B. Puntschart, der Proceß der Virginia, Wien 1860 und Andere.

men des Prozesses gab, das judicium, welches, wie gezeigt, mit actio bezeichnet wird, und das Verfahren in jure, so ist damit, daß die Institutionen bestätigen, an der Stelle der interdicta („pro his“) sei ein judicium (actio) getreten, ausgesprochen, daß das frühere Verfahren der Interdikte kein judicium, also eine extraord. cognitio, gewesen sein mußte. — Dasselbe ist angedeutet im tit. Dig. 43, 1: „de interdictis — sive extraordinariis actionibus, quae „pro his“ competunt. — Auch aus praktischen Anwendungen der judicia ergibt sich, daß die interdicta nicht judicia waren; einen Beleg hiefür scheint z. B. c. 2 Cod. de prob. 4, 19 zu bieten: pessessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere; da zum Schutze der poss. ursprünglich die Interdikte gehörten, folgt aus dieser Stelle, daß die Interdikte, welche die poss. schützten, nur „more“ judiciorum geregelt wurden und darum ursprünglich nicht selbst judicia gewesen sein konnten. — Ebendasselbe wird etwa auch l. 13 D. de judiciis 5, 1 ergeben, welche unter den duplicia judicia nur die 3 actiones: fam. erciscundae, comm. dividundo und finium regundorum erwähnt; da die Interdikte gleichfalls duplicia sind (§ 7 J. de interd. 4, 15), so folgt daraus, daß diese nicht judicia waren.

Durch die bisherigen geschichtlichen Nachweise glaube ich das thema probandum dieses Paragraphen erschöpft und den praktischen Nachweis geliefert zu haben, daß, wenn auch sichtlich die Römer in der That nur für einzelne bestimmte Fälle eine neg. und conf. „actio“ gewährten, doch damit in diesen Fällen nur jene bevorzugten Fälle ausgezeichnet wurden, welche zu einem judicium führten — keineswegs aber ausgesprochen werden wollte, daß das römische Recht nicht auch noch in andern Fällen negative oder confess. „Rechtsmittel“ gewähren

werde; denn die actiones enthalten in Rom selbst nicht die einzigen negativen und confessorischen Rechtsmittel: — die herrschende Lehre somit, daß die confessoria nur eine Servitutenklage, die negatoria nur eine Klage des dominus sei, ist vom Anbeginne an eine antiquarische; sie war in Rom selbst niemals eine Wahrheit!

§ 4.

Dogmatischer Theil.

I. Empirische Lösung.

Nehmen wir behufs Feststellung unseres Dogma wieder einen Augenblick an, das, was die herrschende Lehre allen Ernstes glaubt, sei wahr, und das corpus juris enthalte wirklich die Vorschrift: die negatoria sei lediglich eine Eigenthumsklage, die confessoria lediglich eine Servitutenklage. —

Alsdann dürfen wir nach den, oben in § 2 entwickelten, Grundsätzen unserer Erfahrungswissenschaft — nach dem Grundsatze, daß nicht schon das geschichtlich überlieferte Recht als solches, sondern nur das jetzt thatsächlich im Leben geltende Recht das wahre positive (geltende) Recht zeige — dessenungeachtet jener Vorschrift das corp. juris keineswegs unbedingt vertrauen, sondern wir müssen vorher aus der Erfahrung ersehen, ob wir denn wirklich jene Vorschrift des corp. juris heutzutage thatsächlich als positives Recht in Geltung finden.

Die wirkliche Erfahrung wird uns heutzutage aber neben der negativen Eigenthumsklage noch viele andere negative Klagen, neben der confessorischen Klage des Servitutberechtigten noch manche andere Klagen mit gleicher intentio als „gegeben" oder positiv zeigen; — und dieses in der Erfahrung sich heraus-

stellende jetzige Gegebensein oder Gelten des Rechtes somit — nicht das in der Geschichte Geltende — wird uns allein das wirklich positive Recht zeigen. —

Dieses hier praktisch verwerthete Prinzip der Empirie ist, nebenbei bemerkt, sogar schon (von Paulus) im römischen Rechte als ein positives ausgesprochen und von Justinian an die Spitze des lit. D. de regulis juris gestellt:

> l. 1 D. R. J.: regula est, non ut ex ea jus sumatur; sed ex jure, quod est, regula fiat;

d. h. nicht aus der (überlieferten oder sonstigen) Rechtsregel ist das Recht, sondern aus dem Rechte, welches lebt (jus quod est) ist die Rechtsregel oder die Darstellung des Rechtes zu entnehmen. — —

Unsere Aufgabe ist ebendeßhalb hier, auf dem Wege der unmittelbaren Anschauung des positiven Rechts (auf dem Wege der Erfahrung) nachzuweisen, daß thatsächlich heutzutage — a) außer der negativen Eigenthumsklage noch weitere negative — und b) außer der confessorischen Servitutenklage noch weitere confessorische — Rechtsmittel im positiven Rechte bestehen.

a) Beispiele von negatoriae actiones und negativen Rechtsmitteln überhaupt außer der negativen Eigenthumsklage sind:

1) Nicht nur der volle, sowie der bloße Miteigenthümer, sondern überhaupt jeder „Mitberechtigter einer communio“ hat nach unserer Praxis eine negatoria: vgl. l. 28 D. comm. divid. 10, 3 Sabinus: in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest. l. 11 D. si serv. vind. 8, 5 socii cum eo ita agere possint: jus sibi prohibendi esse etc. — mit Seuffert Pand. 4. Aufl. § 56 Note 2a § 149 Note 1a. Seuffert's Archiv III

Nr. 145, IX 268, XIX 116 Blätter f. Rechtsanwend. XVII S. 231. —

2) Negative Rechtsmittel des „possessor" corporis und juris. — l. 5 pr. D. si ususfr. 7, 6: quod si forte, qui (sc. negative) agit, dominus proprietatis non sit, vincet tamen eo jure, quo possessores sunt potiores; — l. 5 § 7 D. eod. fructus praestandi — — proprietatis domino, si negat. act. utatur, sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agat; nam et possessori competunt; — § 2 J. de act. 4, 6 (unus casus). . sed negativae. Quod genus act. in controversiis rerum corp. proditum non est. . . . Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet; — l. 6 § 1 D. si serv. 8, 5. Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem — cum nil innovatum sit ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interd. — Ebenso das bekannte Scholium des Stephanus (Zeitschrift f. geschichtliche Rechtswissenschaft XII S. 262) zu ersterer Stelle: εἰ δὲ ὁ μὴ δεσπότης τὸν negatóριον ἢ prohibitóριον τύπον κινήσει (übersetzt von Zachariä cit. S. 263: Sin autem, qui dominus non est, negatoriam vel prohibitoriam formulam intenderit).

Hieher gehören ferner die interdicta retinendae possessionis § 7 J. de interd. 4, 15: prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Duplicia sunt veluti: uti possidetis interdictum et utrubi; — l. 1 § 1 D. uti poss. 43, 17: hoc interdictum est prohibitorium ad retinendam possessionem. Vgl. Schmidt das Interdiktenverf. d. Römer S. 49, 70.

3) Der „Pfandgläubiger" hat eine negatoria (prohibitoria) l. 5 § 6 D. si ususfr. pet. 7, 6: ab eo, qui

pignori accepit, (sc. fructuarius) jure uti prohibetur; hieher gehört auch das negative interdictum Salvianum l. 1 D. de Salv. interd. 43, 33. (Anderer Meinung ist mit Unrecht Pagenstecher, röm. Lehre vom Eigenthum III § 13 S. 183.)

4) Die „Publiciana" ist nach moderner Theorie nicht bloß affirmativ (confessorisch), sondern zugleich eine negativa actio. Puchta Rheinisches Museum I S. 165 ff. bes. S. 183 — Seuffert Archiv XIV Nr. 209; Blätter f. Rechtsanwendung Bd. 34 S. 365.

5) Der „Servitutberechtigte" überhaupt hat eine negatoria l. 17 § 1 D. 8, 5; l. 2 pr. D. 8, 5 de servitutibus in rem act. competunt, tam conf. quam negat. Anerkannt von Seuffert Pand. § 183, 181 Note 2 u. s. w.

6) Die „operis novi nuntiatio" ist ein negatives Rechtsmittel: l. un. pr. D. de remiss. 43, 25; l. 6 § 7 D. 8,5; cf. zur Erläuterung l. 1 § 2 D. d. op. nov. nunt. 39,1.

7) Ebenso die „cautio damni infecti"; l. 13 § 10 D. de damno inf. 39, 2.

8) Die „actio de usufructu" ist zugleich negativ — l. 5 § 2 D. si ususfr. 7, 6 si . . . ususfr. constituatur, potest de eo in rem agi, sive vindicet quis usumfructum, sive alii neget; — l. 7 § 1 D. de usufr. 7, 1 (aedium usufructu legato) Labeo scribit, nec aedificium licere domino, te invito — altius tollere etc. — l. un § 4 D. de remiss. 43, 25 Juliano placet . . . neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest (fructuarius) jus ei non esse, invito se altius aedificare; sed si hoc facto ususfructus deterior fiat, petere usumfructum debebit.

9) Negative Rechtsmittel sind ferner sämmtliche sonstige „interdicta prohibitoria"; z. B. das interdict. de

arboribus caedendis l. 1 pr. und § 1 D. de arboribus caed. 43, 27, mit welchem Interdikte bekanntlich der Eigenthümer die Eigenthumsstörung negirt, welche durch das Ueberhängenlassen der Zweige eintritt. Seuffert's Archiv XI, 115 Seuffert Pand. § 123 Note 4; das negative interdictum de migrando l. 1 pr. D. de migr. 43, 32, welches dem quasipossessor einer habitatio zum Schutze seiner Sachen behufs Abwehr der Inanspruchnahme als Pfandrecht zusteht, ein Interdikt, welches die Praxis auch dem conductor aus einem persönlichen Miethvertrage gewährt. Seuffert Pand. § 331 Note 22.

10) Besonders zu beachten sind die negativen Rechtsmittel „im Personenrechte". — Unsere Pandekten erwähnen einer confessorischen „actio de filiatione" und zwar einer actio de liberis agnoscendis et alendis, welche dem Kinde gegen den Vater und Großvater, sowie de partu agnoscendo, welche der Mutter gegen den Vater zusteht. Puchta Pand. § 430. Diese affirmative Klage kann, sowohl vom parens als vom Kinde, auch als eine negativa actio geltend gemacht werden: l. 5 § 8 D. de agnosc. et alendis liberis 25, 3: si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem. — Die Praxis hat deßhalb auch für außereheliche Kinder eine actio de filiatione negativa anerkannt. Seuffert Bl. f. R. A. Bd. IX S. 169.

Aus der „patria potestas" hat der paterfamilias sowohl gegenüber dem Kinde eine confessorische (praejudicialis) actio de patria potestate und das Interdikt de liberis exhibendis, als ein prohibitorisches Interdikt de liberis ducendis gegen Dritte, welche sich Kindesrechte anmaßen. Puchta Pand. § 432 Note g. Die Mutter, wenn sie das Recht der Kindererziehung besitzt, hat zu gleichem Zwecke

eine extraordinaria persecutio. Puchta l. c. Endlich das Kind selbst hat eine actio de patria potestate negativa. Puchta Pand. § 432 Note h und § 121 Note b.

11) Confessoria und negatoria aus „Privilegien": Seuffert Pand. § 21 Note 4a. (Dagegen Puchta Pand. § 31 Note l);

12) deßgleichen aus „Reallasten" im Allgemeinen, arg. Blätter f. Rechtsanw. Bd. 28 S. 312, Seufferts Archiv XX, 109 in fine;

13) aus der „Kirchenbaulast" Seuffert Archiv XVII 216 Blätter für Rechtsanw. Bd. 32, S. 136 Bd. 37, S. 310 u. s. w.

14) Wie schon oben § 1 IV 2 bemerkt wurde, kann auch die heutige provocatio ex lege diffamari als eine Art der negatoria aufgefaßt werden. (Auch praktisch ersetzt dieselbe häufig die negatoria, da dieselbe sogar dem Kläger praktisch Vortheile vor der neg. an die Hand gibt.)

Aus diesen positiven Thatsachen folgt empirisch, daß die heutige negative Klage unmöglich einzig als Klage des Eigenthümers betrachiet werden kann, sondern daß sie als eine Eigenschaft in fast allen Klagen wiederkehrt, einzig etwa mit den oben in § 1 Ziffer IV, 2 gegebenen Ausnahmen.

b) Confessorische Rechtsmittel außer den Servitutenklagen.

Aehnlich unrichtig ist die Anschauung der herrschenden Lehre über die confessoria. — Jede Klage, welche einen positiven Anspruch zu Gunsten des Klägers erhebt, ist eine confessoria, nicht blos die Servitutenklage. —

1) Mit Recht bezeichnet daher in seiner Paraphrase zu § 2 J. de act. 4, 6 Theophilus die reivindicatio als eine confessoria:

Reitz: Theoph. antec. paraphr. II S. 788 und 789:

ἐπὶ σωματικῶν μὲν μόνον κομφεσσορίως (et in corporalibus quidem tantum confessorie).

Vgl. Schmidt von Ilmenau Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. XV 1850 S. 159. — Aehnlich hält Duroi civ. Archiv 6, 14 § 8 die conf. für eine Klage aus dem Eigenthume. (Dieser geht indessen nach der andern Seite zu weit, wenn er glaubt, daß der dominus rei corp. keine negatoria habe und die Klage des dominus: advers. non habere usumfructum als eine Servitutenklage bezeichnet.) — Theoretisch jedenfalls nicht unrichtig gibt daher ferner Keller Pand. § 155 Ziff. 5 zu, daß die einzelnen Elemente des Eigenthums wenigstens im Gegensatze zu dem, was Inhalt einer Prädialservitut sein kann, allerdings mit der confessoria geltend gemacht werden können; vgl. Keller § 185 S. 363 Abs. 1: jede vindicatio oder petitio eben, auch die reivindicatio, ist ihrer Qualität nach eine confessoria oder negatoria.

2) Eine confessoria Publiciana wird in der l. 11 § 1 D. de Publ. 6, 2, allerdings in Beschränkung auf Servituten, gleichfalls schon bisher anerkannt: Keller Pand. § 185 Note 1; — eine Beschränkung freilich, welche wieder mit dem bisherigen Irrthum zusammenhängt, daß die conf. eine Servitutenklage sei. —

3) Weitere Belege dafür, daß das Rechtsleben confessorische Klagen außer den Servitutenklagen kennt, sind unter a oben gegeben; z. B. die confessorischen Rechtsmittel aus den persönlichen Rechten, den Reallasten, der Kirchenbaulast, den Privilegien u. s. w.

Abgesehen hiervon beweist wieder der Umstand, daß zu den Klagen unseres positiven Rechts nicht nur die röm. actiones, sondern auch die interdicta gehören, daß diese ferner, — soweit sie nicht negativ (prohibitoria), — confessorisch sind: (aut exhibitoria aut restitutoria: § 1 J. de interd. 4, 15), und

der Umstand, daß diese letzteren keineswegs lediglich Servitutenklagen sind: daß keinesfalls die Servitutenklagen die alleinigen confessorischen „Rechtsmittel" des heutigen positiven Rechts sein können.

Der sicherste Beweis endlich, daß weder die negatoria lediglich eine Eigenthums-, noch auch die confessoria lediglich eine Servitutenklage sein kann, ist wohl der Umstand, daß beide nicht einmal der eigentliche Name der von ihnen bezeichneten Klagen sind. — Diese Beweisführung ist eine für die hier gepflogene empirische und die unten (unter II) nach historischer Methode gepflogene Untersuchung gemeinschaftliche und soll daher unter II verfolgt werden. —

Damit dürfte sich nicht minder auch die weiter herrschende Lehre ganz ebenso widerlegen: daß heutzutage die „confessoria" nur eine Servitutenklage sei, wie oben die herrschende Anschauung widerlegt wurde, daß die „negatoria" nur Eigenthumsklage ist. — Damit haben wir eine empirische Lösung, welche nicht den Umstand, wie eine Geschichte schlechthin, (die Vergangenheit Roms) unsere Rechtsmittel dargestellt, sondern die Thatsache entscheiden läßt, wie die positiven **Rechtsquellen** der Gegenwart die negative und confessorische Klage qualificiren. — Erforscht man nämlich die „einzelnen" pos. Rechtsquellen des heutigen Rechts, so findet sich als Produkt eines heutigen wissenschaftlichen Rechts: die negativa Publiciana; als Gewohnheitsrecht: negative Klagen innerhalb der modernen Reallasten, der Kirchenbaulast u. s. w; ebenso finden sich in noch „geltenden" Gesetzesbestimmungen, sogar im corpus juris, negative Klagen (als welche nicht blos die actiones, sondern auch die interdicta erscheinen) keineswegs lediglich auf die Eigenthumsklage beschränkt. — Aus diesen einzelnen Anwendungen ergibt sich diejenige juristische Abstraktion, welche oben § 1, IV als das thema probandum bezeichnet wurde. Die

ses thatsächliche, (wirklich geltende) Recht der Gegenwart hat nach den allg. Erörterungen des § 2 bei der heutigen Negatorienklage vor einer positiven Bestimmung der Geschichte den Vorzug zu erhalten. — Und das Gleiche gilt von der Confessorienklage. —

II. Lösung nach der Methode der historischen Schule.

Verlassen wir, um die Richtigkeit unseres Resultates allseitiger nachzuweisen, unseren empirischen Standpunkt, und lösen wir dieselbe Frage über die Natur unserer Rechtsmittel lediglich nach der bisherigen Behandlungsweise der histor. Schule, so wird sich die bisher herrschende Lehre bei näherer Betrachtung nicht minder als eine unrichtige erweisen.

1) Gesetzt, der vermeintliche Ausspruch der Quellen wäre Gesetz oder überhaupt pos. Recht: die neg. ist nur eine Eigenthumsklage, die conf. nur eine Servitutenklage — — so wären nach dem soeben unter I Gezeigten, sowohl im corpus juris, als im pos. Rechte überhaupt, immerhin auch noch andere Aussprüche nachweisbar, zufolge deren die neg. und conf. nicht blos Eigenthums- und Servitutenklage ist; — es läge demnach eine „Antinomie" vor. —

Deren Vorliegen hätte nach den allerseits anerkannten Grundsätzen (Puchta Cursus I § XX) die juristische Folge, daß beide widersprechende Vorschriften sich gegenseitig aufheben, und eine Entscheidung nach dem Rechte der Wissenschaft, i. e. nach inneren Gründen, in diese Lücke einträte.

Nach diesen inneren Gründen aber wäre alsdann wiederholt anzunehmen, daß die neg. und conf. keine einzelne Klage ist; weil das Wesen dessen, welches beide Klagen charakterisirt, nicht schon einen materiellen Gehalt bietet, welcher geeignet wäre, die neg. und conf. von allen Klagen des übrigen Rechtes als eine besondere Klage zu unterscheiden, sondern weil vielmehr das negare und confiteri eine Eigenschaft einer

jeden Klage aus den vorhandenen Rechten (Sachen-, Personen- und Erbrecht) ist, und beides somit nur als Qualität mehrerer Klagen, nicht als der Grund zur Unterscheidung einer besonderen Klage, anerkannt werden darf.

2) Bei näherer Betrachtung ferner besagen die historischen Belegstellen der herrschenden Lehre selbst, wie schon oben § 1 nachgewiesen, (insbesondere die l. 2 pr. D. si serv. u. s. w. oben § 1 Ziffer I) keineswegs, daß die neg. nur eine Eigenthumsklage, die conf. nur eine Servitutenklage ist, sondern sie enthalten eben alle lediglich eine „einzelne Anwendung" der act. neg. und conf. auf den speciellen Fall der Eigenthums- oder Servitutenklage. Nach den Regeln der juristischen Interpretation ist deßhalb hier die juristische Abstraktion geboten, daß die Eigenthums- und Servitutenklage nur eine species der neg. oder conf. Klage, letztere somit ein Gattungsbegriff für alle diese und viele andere Klagen ist, und wäre so wiederholt das thema probandum dargethan.

3) Endlich ist im Anschlusse hieran zu der weiteren, aus dem corpus juris selbst nachweisbaren, Thatsache überzugehen, daß das, was die bisherige Theorie als eine selbstständige Klage, als eine sogenannte neg. und conf. actio bezeichnete, überhaupt nichts weiter ist, als das blose „Adjektiv" zu einem Rechtsmittel, somit noch keineswegs der Name des eigentlichen in Frage kommenden Rechtsmittels selbst; daß vielmehr dessen eigentlicher Name eben die Eigenthums-, die Servitutenklage, die actiones de usufructu u. s. w. kurz nur der Name aus den betreffenden einzelnen Personen-, Sachen- und sonstigen Rechten ist. — Nur zufolge einer herkömmlichen, willkürlichen Annahme ohne allen geschichtlichen Grund glaubte man demzufolge bisher, der Ausdruck negatoria und confessoria sei in Rom der technische Name für die Eigenthums- oder Servitutenklage gewesen. — Hiefür einzelne Belege.

a) Die negative Eigenthumsklage (actio des dominus) ist in dem corpus juris nicht eine mit dem technischen Namen negatoria bezeichnete specielle actio, sondern dieses neg. Rechtsmittel ist nur die Eigenthumsklage selbst; und zwar beim dominium die vindicatio oder petitio, (wenngleich das Wort vindicare häufiger nur für die confessorische Klage des dominus und der Ausdruck reivindicatio insbesondere hauptsächlich für die confessorische vindicatio rei corporalis gebraucht wird). So besagt z. B. die l. 3 § 8 D. de rivis 43, 21 (plane per in rem actionem posse adversus rivum reficientem „vindicari": jus ei non esse) ausdrücklich, daß diese negative actio des dominus nicht negatoria heiße, sondern die vindicatio selbst ist.

Das Gleiche gilt von den Klagen, welche die Römer als interdicta bezeichnen; hier wird es Niemanden einfallen, das negative Interdikt (prohibitorium), welches für die possessio, (das Eigenthum des jus gentium) besteht, als eine von dem interd. uti poss. verschiedene species von Rechtsmitteln aufzufassen, sondern der Ausdruck interd. prohibitorium — wie anderseits des exhibitorium und restitutorium — wird hier richtig als ein Gattungsbegriff für alle Interdikte anerkannt.

b) Dasselbe Verhältniß, welches sich soeben bei dem dominium rei corporalis ergeben hat, ergibt sich auch bei dem dominium (§ 1 Note 5) und der possessio juris; dessen Klage ist die vindicatio oder petitio juris (servitutis, ususfructus u. s. w.); auch hier heißt deßhalb die betreffende Klage, richtig bezeichnet, nicht negatoria und confessoria, sondern beide Ausdrücke sind blos die Adjektiva der eigentlichen Klage, und diese eigentliche Klage heißt: actio de servitute, petitio ususfructus u. s. w.

Beispiele hiefür lassen sich vielfältig auffinden. — Darauf

deuten schon die beiden Digesten-Titel 7, 6 und 8, 5: si servitus vindicetur (ususfructus petatur) vel ad alium pertinere negetur. — Actio „de servitute“ schlechthin wird die betreffende Klage genannt in l. 1, l. 2 pr., l. 4 § 1, 2, 7 D. si serv. 8, 5; insbesondere l. 2 pr.: de servitutibus in rem actiones competunt, tam conf. quam neg. l. 4 § 2 eod: qui iter. . . vel actum habet, actione de servitute utetur. Vgl. auch die Belege für die servitutis vindicatio oben § 1 Note 5. (Unter Bezugnahme auf l. 17 § 2 D. si serv. 8, 5 gibt Keller Pand. § 155 Note bereits zu, daß man von der negatoria auch sage: „de servitute agere“). — Als eine actio „de usufructu“ oder de usufructu judicium finden sich unsere Klagen in l. 6 D. si ususfr. pet. 7, 6; l. 5 § 2, 3, 4 eodem; insbesondere § 2: si ususfructus constituatur, potest de eo in rem agi, sive vindicet quis usumfructum, sive alii neget. l. 1 § 4 D. quando dies ususfr. 7, 3. — Als actio de haustu: l. 4 § 6 D. 8, 5. — Als actio de servitute oneris ferendi: l. 6 § 2 D. 8, 5. — Ebensowenig ist bei den Interdikten der quasipossessio das Wort prohibitorium der eigentliche Name eines Interdiktes. —

Als hieher bezüglich ist nebenbei die eigenthümliche Ansicht Keller's zu beachten (Pand. § 184 Text zu Note 3 u. 4): der Usufruktuar habe keine confessoria, sondern nur eine vindicatio ususfructus. Hiernach denkt sich Keller die confessoria und die vindicatio ususfructus als 2 verschiedene Rechtsmittel, obgleich, wie bemerkt, schon die betreffenden Digestentitel 7, 6 und 8, 5 alle darin vorkommenden Servitutenklagen, also auch die confessoriae, als petitio oder vindicatio servitutis u. s. w. bezeichnen. — Die Stellen, welche zu diesem Irrthum Veranlassung geben, sind von Paulus: l. 1 pr. l. 5 § 1 D. si ususfr. 7, 6 und ihr gegenüber Julian in l. un. § 4 D. de

remiss. 43, 25 l. 2 D. de op. n. n. 39, 1; und der Sinn der hierin überlieferten Controverse ist in der Wirklichkeit folgender.

Der Usufruktuar hat hiernach, soferne dem fundus fructuarius eine Servitut, z. B. eine servitus itineris, altius non tollendi u. s. w. zusteht, nach der einen Ansicht des Julian 1) gegenüber dem, ihn an der Ausübung dieser servitus itineris u. s. w. hindernden, dominus fundi fructuarii: die Klage aus dem ususfructus; 2) gegenüber dem, mit der servitus itineris u. s. w. belasteten, vicinus aber (als utilis actio) noch: die besondere Klage aus der speciellen servitus itineris u. s. w. — Nach der andern Ansicht des Marcellus, Labeo und Nerva dagegen hat der Usufruktuar in beiden Fällen [sowohl 1) gegenüber dem dominus fundi fructuarii als 2) gegenüber dem vicinus] immer nur die Klage aus seinem ususfructus; — das Motiv der letzteren Juristen hiebei mag wohl sein, analog dem Motive in l. 5 pr. D. si ususfr. 7, 6: de suo, non de alieno jure quemque agere oportet. —

Damit ist aber doch wohl keineswegs gesagt, daß die Klage des Usufruktuar (vindicatio oder petitio ususfructus) nicht dessenungeachtet gleichfalls eine actio „confessoria" oder negatoria aus dem ususfructus, sondern eine von diesen verschiedene, sein sollte; richtig gesagt hat vielmehr der Usufruktuar — nach der einen Ansicht Julians 1) gegenüber dem dominus fundi fructuarii nur die confessoria (= vindicatio oder petitio) und negatoria de usufructu und 2) gegenüber dem vicinus neben der letzteren Klage noch überdieß die confessoria (= vindicatio oder petitio) und negatoria servitutis itineris; — nach der andern Ansicht des Marcellus dagegen in beiden Fällen nur die confessoria und negatoria de usufructu. —

Richtig aufgefaßt somit ist mit dieser Controverse gewiß nicht gesagt, daß die confessoria und die vindicatio ususfructus, wie Keller behauptet, verschiedene Klagen sind, sondern nur, daß die vindicatio ususfructus, — oder was dasselbe ist, die „confessoria" actio de usufructu — und die „confessoria" actio de servitute itineris, altius non tollendi u. s. w. (oder mit andern Worten: daß die servitus ususfructus und die servitus itineris) verschieden sind. — Umgekehrt ergibt sich aber auch hieraus für uns wiederholt, daß all' die Klagen, welche die Römer dem Usufruktuar beilegen, in der Wirklichkeit und genau präcisirt in Rom nicht den technischen Namen confessoria und negatoria trugen, sondern den Namen: Klage aus einer Servitut. —

Damit dürfte der dogmatische Beweis erschöpft sein, daß, wie nach empirischer Anschauung des wirklich Geltenden, so auch nach der eigenen Behandlungsweise der historischen Richtung, die confessoria und negatoria keine species von selbstständigen Rechtsmitteln erscheint: — das, was zufolge § 1 Ziffer IV oben nachzuweisen war. —

III. Unterscheidung zwischen confessoria und negatoria.

Die Frage, worin denn der eigentliche dogmatische Unterschied zwischen einer confessoria und negatoria zu suchen sei, könnte nach dem bisher Ermittelten füglich dahingestellt bleiben; denn nur unter der Voraussetzung, wenn die conf. und neg. eigene selbstständige Klagen wären, hätte deren Unterscheidung einen unmittelbaren, praktischen Werth.

Nachdem diese beiden vermeintlichen Rechtsmittel aber lediglich als verschiedene „Qualitäten" von Rechtsmitteln erschienen, bietet es praktisch wenig Interesse, zu erfahren, ob und wann eine bestimmte Klage diese positive oder negative „Qualität" an sich trägt; — ebensowenig Interesse etwa, wie die

theortische Subsumtion einer Rechtsvorschrift unter eine der beiden, (oben § 1 IV Note 11) erwähnten, alternativen Rechtsvorschriften Ulpians: alterum non laedere, suum cuique tribuere. — Praktischen Werth hat jetzt eher die Frage: wie haben sich die Grundsätze zu gestalten, welche bisher als specielle Rechtssätze der vermeintlichen selbstständigen conf. und neg. actio betrachtet wurden, insbesondere die Lehre von deren Beweislast? Hievon unter Ziffer IV. — Will man sich aber dennoch auch über die erstere Unterscheidung schlüssig machen, so wird dieß conform mit der vorherrschenden Anschauung der classischen Jurisprudenz Roms wohl in folgender Weise zu geschehen haben.

Mir scheint, daß in diesem Punkte die Anschauung der Anhänger Veltheims (oben § 1 Ziffer III) wenigstens alsdann dem Richtigen näher gekommen wäre, wenn dieselben, statt ihres formellen Unterscheidungsmerkmales, die in letzterem ausgeprägte materielle Unterscheidung gesetzt haben würden.

Veltheim läßt schon die positive oder negative Fassung — oder die Form — der intentio entscheiden. Die intentio also: si paret, jus non esse No. No. etc. ist ihm schlechthin eine negativa, die Formel: si paret, jus esse No. No. ist ihm eine confessoria actio. Hienach würde selbst auch der Servitutberechtigte, welcher eine negative Servitut anspricht, eine negatoria, derjenige Servitutpflichtige aber, welcher klagsweise die Nichtexistenz oder Abwehr einer negativen Servitut intendirt, unter allen Verhältnissen eine confessoria stellen.

Ich glaube umgekehrt, es dürfte nicht schon diese positive „Form" der Klagebitte, sondern vielmehr nur der „materielle Inhalt" und Endzweck der intentio entscheiden: der Umstand nämlich, ob der Kläger ein Recht für sich anspricht (confiteri), oder lediglich passiv den Anspruch eines Andern von seinem Rechte abwehrt (negare). — Natürlich entsteht alsdann wieder die weitere Rechtsfrage, wann wehre ich

juristisch ab, wann beanspruche ich? — Aber auch diese weitere Frage löst sich einfach durch die Unterscheidung, ob der Kläger selbst oder der Beklagte in demjenigen faktischen Zustande sich bereits befindet, welcher Gegenstand des Streites ist: bin ich in dem strittigen Zustande, so wehre[1]) ich (negativ) ab; bin ich in demselben noch nicht, so beanspruche ich denselben. — Wohlgemerkt handelt es sich hiebei (abgesehen vorläufig von der Eigenthumsklage und einigen ähnlichen Klagen, bei welchen wenigstens bezüglich der Beweislast eine scheinbare Ausnahme stattfindet, wovon unten § 4, IV das Nähere), lediglich um das Innehaben desjenigen einzelnen faktischen Zustandes, welcher den Gegenstand des speciellen Streites bildet.

Demnach ist allerdings hervorzuheben, daß hiebei nicht schon unbedingt das Vorhandensein der römischen „possessio" entscheidet; denn jeder Kläger, sowohl der Confessorien- als der Negatorienkläger muß irgend ein Recht: entweder das dominium juris oder die possessio juris u. s. w. (i. e. im historischen Sinne ausgedrückt: entweder ex jure Quiritium oder nach jus gentium das jus servitutis u. s. w.) erworben haben; das „jus" also — als dominium (§ 1 Note 5) oder als possessio juris — ist die Vorbedingung für beide Klagen, die confessoria und die negatoria, zugleich, nicht lediglich Voraussetzung für eine der beiden.

Anders aber mit dem faktischen Besitze oder dem Innehaben des speciell strittigen Verhältnisses. Mit letzterem verhält es sich so: — Der Negatorienkläger muß offenbar stets in dem Zustande, von welchem er Störungen abwehrt, sich allerdings faktisch befinden. Nicht aber der Confessorien-

1) Aus dieser rechtlichen Natur der negatoria, daraus, daß dieselbe lediglich eine Abwehr des faktischen Besitzers ist, folgt auch, daß zur Anstellung derselben nicht leicht wird provocirt werden können. Blätter f. R. A. Bd. 32 S. 136. Seufferts Archiv XXI, 173 S. 300.

kläger. — Die confessoria kann gestellt werden, 1) sowohl alsdann, wenn der Kläger, welchem das jus servitutis u. s. w. zusteht, den faktischen Besitz seines Rechtes z. B. des Weges, ganz verloren hat, und derselbe nun das ganze mit seinem Rechte anzusprechende Faktum confessorisch beansprucht, als auch 2) wenn der Kläger zwar noch in dem faktischen Besitze dieses Rechtes, z. B. des Weges, im Allgmeinen ist, derselbe aber dessenungeachtet immerhin noch einen affirmativen Anspruch auf Zubehörungen oder Einzelheiten dieses Rechts erhebt. Auch in diesem zweiten Falle liegt noch immer jenes Ansprechen, nicht die Abwehr einer rein passiv erduldeten Störung, gegeben vor, in welchen, wie bemerkt, allein das Kriterium der confessoria liegt; denn dieses Ansprechen ist noch immer gegeben, gleichviel, ob der ganze faktische Besitz, oder die Gestattung einer einzelnen hiezu gehörigen Besitzhandlung, beansprucht wird.

Dafür, daß wirklich dieser faktische Besitz das Kriterium ist, ob bei ein und demselben Rechtsmittel die sich stets gegenseitig ergänzenden und entsprechenden positiven oder negativen Qualitäten der Klage (die conf. oder negatoria) einzutreten haben, kann nun gleichfalls der Beweis aus dem corpus juris geführt werden.

Die (von der herrschenden Lehre vielbekämpfte) § 2 J. de act. 4, 6 gewährt bekanntlich auch aus einer negativen Servitut eine negativa actio:

> Contra quoque de usufr. et de servitutibus etc. — — proditae sunt actiones, ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi — item altius tollendi; — istae actiones in rem sunt, sed negativae.

Daß und wie eine solche negatoria möglich sei, erläutert uns die l. 6 pr. u. § 1 D. si ususfr. v. 8, 5 (cf. l. 5 eod):

Sciendum tamen in his servitutibus, (nämlich bei der servitus altius non tollendi: si intendes, jus non esse aedificatum habere invito te), possessorem esse eum (sc. qui altius extulerit aedificia sua) juris et petitorem, et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil innovatum, ille possidet, et aedificantem me „prohibere" potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Item et si lapilli jactu impedierit. Sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.

Hieraus ergibt sich, daß derjenige, welchem ein negatives Servitutrecht (altius non tollendi) zusteht, in die Lage kommen kann, bald die negatoria, bald die confessoria zu stellen. Nur solange nämlich der Gegner nicht höher gebaut hat und dadurch das jus tollendi faktisch besitzt, kann ich, auf Grund meiner Servitut: altius non tollere adversarium, den Gegner abwehren und zu diesem Behufe die negatoria erheben: aedificantem me „prohibere" potest. — Hat dagegen der Gegner durch das höher Bauen den faktischen Besitz erlangt: si aedificatum habet, so habe ich trotz meines negativen jus servitutis nach obiger Stelle nicht mehr die dort erwähnte negativa actio, sondern ich habe demzufolge dieses mein negatives Recht confessorisch anzusprechen und auf Anerkennung meines jus: adversarium non ita aedificatum habere sowie auf Niederreißung des zu hoch Gebauten zu bringen. — Das Kriterium somit ist hier das aedificatium habere, das innovatum esse, kurz das Faktum; in der Formel aber ist nicht der geringste Unterschied zu bemerken; beide Klagen haben hier sogar ausnahmsweise eine negative intentio: jus non esse adversario ita aedificatum

habere invito me (confessoria), oder aedifcare invito me (negatoria).

Daraus ergibt sich uns zugleich, daß bei ein und derselben negativen Servitut derselbe, (zur servitus: adversarium non tollere) Berechtigte, sowohl die confessoria als die negatoria erheben kann; die confessoria macht die serv. alt. non tollendi geltend gegenüber den Servitutpflichtigen, welcher bereits höher gebaut hat, die negatoria verhütet (negirt) die Servitutstörung des letzteren, soferne er erst höher bauen will. — In gleicher Weise sind die beiden Klagen auch bei der positiven servitus altius tollendi denkbar. Besteht beispielsweise an irgend einem Orte für das altius non tollere eine dispositive gesetzliche Regel, ich habe aber vom Nachbar das Recht des altius tollere erworben, so habe ich, wenn ich noch nicht höher gebaut habe, dieses Recht mit der confessoria zu beanspruchen; habe ich dagegen bereits höher gebaut, so habe ich Störungen des Nachbars, welcher den Höherbau wieder beseitigen oder schmälern will, negativ abzuwehren.

In einem weiteren Beispiele zeigt sich wiederholt dieselbe Grenze zwischen confessoria und negatoria. — Wir werden nämlich unten sofort sehen, daß, soweit ein faktischer Zustand eines Weges „angesprochen" wird, die l. 4 § 5 si serv. v. eine petitio itineris oder eine vindicatio viae als confessoria gewährt. Ist dagegen der Wegberechtigte im faktischen Besitze der servitus viae: (si hoc anno usus sit) und er wird durch vis gestört, so steht ihm das interd. de itinere actuque privato zur Seite; und dieses Interdikt ist ein „prohibitorium" i. e. ein negatives: l. 1 pr. und § 1, 2 D. de itinere actuque priv. 43, 19.

Bezüglich der confessoria speciell wurden oben 2 Fälle unterschieden und wurde hervorgehoben, daß nicht nur 1) im Falle Kläger vollständig aus dem faktischen Besitze des

Rechtes gesetzt ist, sondern auch 2) in dem Falle noch eine confessoria vorliege, daß der Kläger sich zwar noch im faktischen Besitze seines Rechtes im Allgemeinen befindet, aber dessenungeachtet noch ein Anspruch auf Gestattung einzelner Besitzhandlungen existirt, und so dem Kläger noch nicht der ganze, seinem Rechte entsprechende, faktische Zustand gewährt ist.

Der erste Fall dürfte unbestritten erscheinen; der zweite ist bestritten, und es dürfte deßhalb nachzuweisen sein, daß hier die confessoria wenigstens als die richtigere Klagequalität zu betrachten ist. — Diesen Beweis ergibt insbesondere die l. 4 § 5 D. si servitus vind. 8, 5, jene Stelle, von welcher schon oben § 1 Ziffer I bemerkt wurde, daß in derselben die confessoria nahe an die negatoria streife und dieselbe die herrschende Lehre mit einigem Scheine zu der Annahme verleiten konnte, als ob die confessoria die ausschließliche Servitutenklage sei, i. e. auch zur Abwehr von Störungen diene.

Ulp.: Si quis mihi itineris vel actus vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit, „confessoria" actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qui viam vel iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Julianum notat, iter petendum vel viam vindicandam. Sed de refectione viae et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit, non tamen, si silice quis sternere velit, nisi nominatim convenit.

Hier ist das Wegerecht des Klägers im Allgemeinen unbestritten: (viae controversiam non faciat); Kläger verbleibt auch im faktischen Besitze seiner Servitut im Allgemeinen, obgleich er durch das Hinüberhängen eines Baumes oder dadurch, daß der Beklagte dominus fundi ihn verhindert, seinen Weg herzustellen und zu pflastern, theilweise in diesem

Faktum gestört wird: (Beweis: l. 9 § 1 D. si serv. 8, 5: qui latiore via vel angustiore usus est, retinet servitutem). — Obgleich der Kläger aber im Besitze seines Rechtes im Allgemeinen ist, so ist hier doch eine confessoria begründet; Motiv: weil hier noch immer ein Anspruch auf eine einzelne faktische Besitzhandlung, ein confiteri, keine Abwehr, kein negare eines Faktums, vorliegt, kurz: das „Ansprechen" eines Faktum entscheidet auch hier für die Qualität der confessoria, ohne Unterschied, ob das ganze Faktum oder ein Theil desselben beansprucht wird. — Daß dieß das wahre Motiv für die Annahme einer confessoria sei, wird (ähnlich wie mit dem obigen: cum nil innovatum sit der l. 6 § 1 D. 8, 5) angedeutet in einer anderen Stelle, der l. 3 § 13 D. de itinere actuque privato 43, 19: enim vero, qui vult reficere, aliquid novi facit[2]).

Ganz übereinstimmend mit Ulp. und Pomponius bezeugt

2) Zwar ließe sich einwenden; eben für das reficere und sternere besteht ein besonderes confessorisches interdictum de itinere actuque reficiendo mit einer ihm entsprechenden besonderen Servitut: l. 3 § 11 D. eod. (43, 19); deßhalb werde von demjenigen, welcher in der obigen l. 4 § 5 si serv. vind. die confessoria stellt, gleichfalls ein ganzes ihm zustehendes jus reficiendi — eine servitus reficiendi — nicht eine blose einzelne Besitzhandlung aus der servitus itineris angesprochen; es liege deßhalb nicht der 2., sondern der 1. Fall der confessoria vor. — Dagegen ist aber zu erwähnen, daß in der obigen l. 4 § 5 si serv. selbst wenn das reficere und sternere keinen Beleg böte, noch immer der „arbor impendens" einen Beleg für den 2. Fall der confessoria böte. Abgesehen hiervon spricht aber Ulpian in dem Eingange der obigen l. 4 § 5 si servitus überhaupt nicht von der blosen servitus reficiendi oder dem interdict. de reficiendo, sondern ausdrücklich von dem iter petendum und der via vindicanda; ja derselbe erwähnt sogar noch am Schlusse, daß neben dieser vindicatio viae das interd. de refic. elektiv concurrire (et interdicto uti possumus), daß er also bei der vindicatio viae oder petitio itineris dieses letztere Interdikt oder die servitus reficiendi nicht im Auge gehabt haben konnte.

auch Paulus in l. 9 pr. D. si serv. 8, 5 anfänglich, daß der nicht im strittigen Zustande faktisch Befindliche eine confessoria intendire: si eo loco, per quem iter mihi debetur, aedificaveris, possum intendere; jus mihi esse ire, agere. Item Julianus scripsit: si vicinus, in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet u. s. w.

Mit denselben Juristen in Widerspruch nimmt aber Paulus an derselben Stelle auch dann noch eine confessoria als gegeben an, wann der Kläger noch im faktischen Besitze des strittigen Zustandes ist, richtigerweise also schon eine negatoria einzutreten hätte: si quidem „nondum“ aedificaverit (sc. vicinus, ne stillicidium meum reciperet), sive usumfructum sive viam habet, „jus sibi esse“ ire agere vel frui intendere potest. Wie Paulus hier zur Annahme einer confessoria kommt, läßt sich selbst aus l. 1 pr. D. si ususfr. pet. 7, 6 nicht genügend erklären. Im schlimmsten Falle müssen wir zugeben, daß Paulus hier in einer einzelnen Anwendung der Ansicht Ulpians, des Pomponius und Julian entgegentritt, daß somit eine Antinomie vorliegt, und daß deßhalb aus inneren Gründen, solange ein Wegberechtigter durch das Bauen u. s. w. des Nachbars noch nicht aus dem faktischen Besitze seines Weges gesetzt ist, die Annahme einer negativen Klage an der Stelle einer positiven den Vorzug verdient.

IV. Praktische Folgerungen in Bezug auf die Beweislast.

Man kann gewissermaßen sagen: die Beweislast der actio conf. und neg. ist die praktische Probe für die richtige Lösung der Frage nach der Natur dieser vermeintlich — selbstständigen Klagen. — Denn jede Beweisauflage hat über den Klagegrund Beweis aufzulegen. Deßhalb wird umgekehrt das, worüber die Praxis oder Theorie Beweisauflage verlangt — regelmäßig wenigstens — auch dasjenige zeigen, was dieselbe für

den eigentlichen Klagegrund der negatoria hält oder doch zu halten hätte. — Bezieht sich demzufolge das Beweisthema stets auf denselben Inhalt, welchen irgend eine Theorie als den Klagegrund unserer speciellen Klagen bezeichnet, so ist eine Probe dafür vorhanden, daß die betreffende Lehre den Klagegrund richtig gefunden hat. Bezieht sich dieselbe dagegen auf den Inhalt eines anderen Rechtsinstitutes, so ist anzunehmen, daß jenes andere Rechtsinstitut der wahre Klagegrund sei, nicht die vermeintliche besondere negatoria und confessoria.

Die bisherigen Lehren von der act. neg. und conf. nun (cf. § 1, I—III) halten eine solche Probe nicht aus. — Vor Allem nicht 1) die herrschende Anschauung: die neg. ist eine Eigenthumsklage; denn die Beweisauflage der neg. ist keineswegs stets das Eigenthum: Unmöglich kann z. B. dem blos Servitutberechtigten, welcher negatorisch klagt, daß einem Dritten — oder dem dominus serviens selbst — die Störung seines klägerischen Wegerechtes oder seines usufructus u. s. w. untersagt (negirt) werde, zum Beweise auferlegt werden, daß er — der Negatorienkläger — ein Eigenthümer (dominus rei „corporalis") sei, während dieser Kläger doch gar nicht Eigenthümer des Grundstückes, sondern nur Servitutberechtigter sein will; ebensowenig könnte unmöglich das Eigenthum zum Beweise auferlegt werden bei der negatoria aus der actio de filiatione, der Kirchenbaulast, Reallast u. s. w. und doch müßte dieß der Fall sein können, wenn die neg. stets eine Eigenthumsklage sein sollte!

Unmöglich könnte ferner 2) nach der Ansicht eines Veltheim und Cons. (§ 1, III oben) dem Negatorienkläger lediglich zum Beweise auferlegt werden: jus non esse adversario utendi fruendi, itineris u. s. w., ohne des pos. Grundes zu erwähnen, welcher den Kläger zur Abwehr des Gegners berechtigt; und auch dieß müßte der Fall sein können, wenn nach

deren Anschauung wirklich das Wesen der neg. und conf. lediglich in der negativen oder positiven Fassung der intentio zu finden wäre [3]). — Unmöglich kann endlich 3) nach einer weiteren Anschauung (§ 1, II oben) dem Negatorienkläger zum Beweise auferlegt werden, daß sein Grundstück von Servituten frei sei; denn dieß ist, wie bemerkt, nur eine Negation eines Rechtes des Beklagten, welche gleichfalls den Kläger, dessen Recht überhaupt bestritten ist, noch nicht berechtigt, seinerseits dem Beklagten zu verbieten, solange er nicht seinerseits ein Recht hiezu nachweist.

Ist also nach der von uns als richtig vertheidigten Ansicht die neg. und conf. keine selbstständige Klage, sondern

3) Schmidt v. Ilmenau Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. XV (1850) Num. VI S. 161 u. 162 glaubt in den Worten der Formel: invito A. Ao. einen Ersatz für den fehlenden Klagegrund zu finden; ähnlich, wie es scheint, Elvers röm. Servitutenlehre 1856 § 76 S. 798 Note c u. d. — Allein wohl mit Unrecht; denn dieser Zusatz erscheint wohl schon deßhalb als ein völlig leerer, weil derselbe bei jedem dispositiven Privatrechte der Klagsformel beigefügt werden kann, ohne dessen Klagegrund zu ändern, und deßhalb unmöglich die neg. zu einer andern, von den übrigen verschiedenen Klage machen kann. Durch des Klägers Wollen ist noch nicht dessen Recht gegeben, welches er zur Klage bedarf, und auch juristisch heißt invitus nichts weiter, als: is, qui non consentit: l. 5 D. de serv. praed. urb. 8, 2. Endlich würde sich auch kaum jemals eine „Beweisauflage“: daß N. N. me invito gestört habe, als eine ausreichende erkennen lassen. — Pernice comm. j. R. duae (1855) p. 182 beruft sich auf das Scholium des Stephanus, welcher nicht blos in dem tibi jus non esse invito me, sondern auch in der weiteren (sog. prohibitorischen) Formel: si paret mihi jus esse prohibendi, te uti frui, den Klagegrund des Eigenthums angezeigt findet. Soviel kann dieser Annahme zugegeben werden, daß hierin ein de proprio jure agere und damit ein positiver Klagegrund angedeutet oder richtiger umschrieben ist. Allein auch hier ist der Klagegrund noch nicht so bestimmt angegeben, daß hieraus die eigentliche Klage ersehen werden kann; denn derselbe kann innerhalb dieser Umschreibung noch immer ein verschiedener sein; entweder ein Eigenthum, eine servitus ususfructus, emphyteusis, superficies u. s. w.

nur eine Qualität derjenigen materiellen Klagen aus dem Sachen-, Personenrechte u. s. w., auf Grund deren in concreto ein specielles Recht beansprucht oder abgewehrt werden soll, so darf auch die Beweisauflage sich nur auf dieses specielle materielle Recht (dieses Sachen-, Personenrecht u. s. w.) beziehen.

Diese Voraussetzung tritt nun in der Regel auch wirklich ein. — Prinzip ist, daß der Kläger das bestimmte (absolute oder relative) Recht, welches er positiv ansprechen oder negativ abwehren will, beweise: — est ei necesse docere de jure vel ostendere, per annos tot se usum esse — l. 10 D. si serv. 8, 5; l. 3 § 13 D. de itinere 43, 19; — der Kläger hat zu beweisen entweder ein Recht mit justa causa, (dominium, servitus u. s. w.), oder mit putativer causa (Publiciana), oder mit gar keinem Titel, wohl aber mit possessio ad interdicta (l. 2 § 3 D. 8, 5 mit l. 20 pr. D. de serv. praed. urb. 8, 2). — Der Eigenthümer (dominus rei corporalis) somit hat allerdings nach bestehendem Rechte, mag er sein Recht ansprechen oder abwehren, stets nur dieses Eigenthum, — in gleicher Weise aber hat anderseits der Besitzer nur seinen Besitz, der Servitutberechtigte nur sein Servitutrecht: den ususfructus, Weg, das jus altius tollendi u. s. w. zu beweisen; — so insbesondere in allen Fällen, in welchen das ganze Recht gestört wird, dessen Störung mittels der negatoria abgewehrt werden soll.

Eine Ausnahme existirt aber allerdings auch hier. — Eine solche tritt, mehr und mehr in Theorie und Praxis allgemein anerkannt, hervor bei der negatoria des Eigenthümers, und zwar in dem Falle, wenn der Beklagte eine Servitut für sich beansprucht. — In der Wirklichkeit ist nämlich eine neg. des, im faktischen Besitze einer res corporalis befindlichen, dominus gegen Störungen seines Eigenthums in folgenden 3 Fällen denkbar:

1) wenn der Beklagte sich selbst das Eigenthum des Klägers anmaßt; (ohne Grund dagegen das Erkenntniß in Seufferts Archiv XX, 105).

2) wenn er sich lediglich eine Servitut anmaßt; (vgl. Seufferts Archiv XIV, 273; XVIII, 117).

3) wenn Beklagter den Kläger stört, ohne sich ein Recht zuzuschreiben. (Seufferts Arch. XV, 101; XVI, 11; XXI, 102.) Der zweite dieser Fälle ist der hier besonders hervorzuhebende; beansprucht in diesem Falle der Beklagte nur etwa ein specielles Servitutrecht: des usus, ususfructus, Weges, aquaeductus, des jus altius non tollere adv., ohne im Uebrigen das Eigenthum des Negatorienklägers zu bestreiten, so ist im Grunde nur der Inhalt der speciellen Servitutenbefugniß, nicht das ganze Eigenthum im Streite. Obgleich dieß aber der Fall, wird es dessenungeachtet schon für genügend befunden, wenn hier der negirende Eigenthümer nicht beweist, daß ihm die specielle strittige Befugniß, allein die Früchte zu genießen, über sein Grundstück zu gehen, Wasser zu leiten, höher zu bauen u. s. w. zusteht, sondern, wenn er statt dieser speciellen strittigen Befugniß lediglich im Allgemeinen sein „Eigenthum" erhärtet. Pagenstecher Eigenth. III S. 184 u. A. — Diese Annahme ist heutzutage eine bevorzugte[4]), und in der That läßt sich bezüglich deren Berechtigung nahezu an eine opinio necessitatis und an ein Gewohnheitsrecht glauben; denn der Eigenthümer, so fest er auch in seinem Eigenthume sitzen mag, wird wohl schon der Natur der Sache nach stets dieses sein Eigenthum im Allgemeinen, nicht aber überdieß stets auch speciell nachweisen können, daß ihm gerade auf einem

4) Vgl. v. Vangerow § 353 Note 2 und dessen Allegate. Praktische Entscheidungen in Seuffert Comm. über die B. Ger.-Ord. IX § 14, V (2. Aufl. Bd. III S. 61 ff.). Seufferts Archiv XXI, 102 und unzählige andere Entscheidungen der Praxis.

bestimmten Flecke seines Eigenthums die Befugniß, da Wasser zu leiten, da allein höher zu bauen u. s. w., zustehe.

Es fragt sich nun: ist diese Ausnahme ein Gegenbeweis gegen die Richtigkeit unserer Theorie, welcher unseren Grundsatz im Prinzipe wieder zerstört; den Grundsatz: daß die neg. nur eine Qualität einer Klage aus einer bestehenden materiellen Befugniß ist, und daß auch nur über diese materielle Befugniß selbst, nicht aber über ein anderes Recht, Beweis aufzulegen sei? — Ich sage nein. — Denn es wird hier nicht über ein „anderes" Recht, sondern über jene Totalität von Befugnissen die Beweisauflage erstreckt, welche Eigenthum heißt, und in welcher Totalität auch diejenige specielle Befugniß, welche den Gegenstand des Streites bildet, mitenthalten ist; damit aber wird auch über die specielle strittige Befugniß implicite Beweisauflage gefordert. — Abgesehen hievon liegen dieser besonderen Beweisauflage bei der negat. domini auch ganz besondere juristische Motive zu Grunde. —

Diese Abweichung in der Beweisauflage folgt nämlich nicht blos direkt aus dem Grundsatze des Ulp. l. 5 pr. D. si ususfr. 7, 6: daß der dominus fundi, welcher einem angeblichen Fruktuar den ususfructus negirt, nur aus seinem Eigenthume klage und nicht ein jus separatum utendi fruendi habe (magis tamen de suo jure agere videatur, quam alieno); sondern es kann wohl mit allem Fuge behauptet und der bereits vielfach begründeten Lehre über die Beweislast des negirenden dominus fundi der neue entscheidende Grund beigefügt werden: daß dem Eigenthümer eine Präsumtion und zwar eine „praesumtio juris" zur Seite stehe, — daß also einer jener Ausnahmsfälle vorliege, welche die generellen Prinzipien über Beweisauflage in dem concreten Falle nur ausnahmsweise verschieben, ohne damit das theoretische regelmäßige Prinzip der Beweispflicht als solches zu beeinträchtigen. —

Freilich nicht jene von der Naturrechtsschule erfundene Präsumtion zu Gunsten der „Freiheit“ (die sog. natürliche Freiheit), deren Gehalt bereits Mackeldey (röm. Recht § 276, Ziffer 5) richtig modificirt; wohl aber dürfte hier nach den besonderen Bestimmungen des corp. juris zu „präsumiren“ sein, daß in dem Eigenthume alle jene einzelnen Befugnisse enthalten sind, welche unter Umständen den Gegenstand eines besonderen Servitutrechtes bilden können, und daß es daher zufolge dieser „Präsumtion“ nur einer Beweisauflage über das Eigenthum generell, nicht über die specielle Befugniß bedarf. Diese Präsumtion nämlich findet sich ausgesprochen in den verschiedenen Rechtssätzen [5]), welche ergeben, daß in der Totalität stets auch die einzelne Befugniß als gegeben anzunehmen sei; so u. a.: l. 113 D. R. J. 50, 17: in toto et pars continetur; l. 147 eod.: semper specialia generalibus insunt; l. 21 D. R. J.: non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere; l. 110 eod: in eo, quod plus sit, semper inest et minus; l. 72 D. V. S. 50, 16: appellatione rei pars etiam continetur. — Die insbesondere von Seuffert Com. l. c. entgegengehaltene l. 25 pr. D. V. S.: daß der ganze fundus materiell trotzdem mit Recht als unser Eigenthum betrachtet werde (fundum totum nostrum — cujus non potest ulla pars dici alterius esse), wenn auch der usufructus einem Andern gehöre, und daß der ususfructus dieses Dritten materiell nicht dominii pars sei,

5) Aehnlich besagt auch schon das von Zachariä ergänzte Scholium des Stephanus Zeitschr. f. gesch. R. cit. S. 261 u. 263: *δηλοῖ, ὅτι δεσπότης ἐστὶ, καὶ ἀποκινεῖ τὸν αντίδικον ταῖς τῆς δεσποτείας ἀποδείξεσι* (docet, se dominum esse, et repellat adversarium dominii probationibus). — Ebenso setzt Theophilus das Eigenthum als zugestanden voraus. Wo demzufolge dieses Geständniß nicht vorliegt, muß wohl auch nach dessen Ansicht nur dieses bewiesen werden. Pernice p. 182, 185.

schließt nicht aus, daß, abgesehen von dieser materiellen Selbstständigkeit eines existirenden Servitutrechtes gegenüber dem Eigenthum, nicht wenigstens dieselben einzelnen faktischen Befugnisse des Servitutberechtigten regelmäßig als Bestandtheile des Eigenthumsrechtes zu präsumiren sind und wenigstens ein formelles oder prozessuales „continieri“, eine Freiheit von der Beweislast, angenommen werden muß, solange auf Seite des Gegners nicht ein jus in re aliena feststeht. Abgesehen hievon erscheinen zwar allerdings auf Seite des Servitutberechtigten dessen einzelne Befugnisse nicht dominii pars; wohl aber erscheinen ganz ebendieselben Befugnisse auf Seite des Eigenthümers selbst in der That als Theile der Totalität seines Eigenthums, und deßhalb hat der „Eigenthümer“ seinerseits genug erwiesen, wenn er diese Totalität erweist: quia in toto pars continetur. Die l. 25 c. will daher nichts weiter sagen, als: das Servitutrecht ist gegenüber dem Eigenthume ein selbstständiges Recht; keineswegs: der Eigenthümer müsse noch besonders die Nichtexistenz einer Servitut beweisen. — Auch der Besitz an sich, auf welchen Seuffert Gewicht legt, befreit nicht von der Beweislast; vgl. Savigny Recht des Besitzes § 3 Ziffer 4 in fine. —

Obige Ausnahme nun dürfte sogar nicht nur bezüglich der Beweislast der negatoria des Eigenthümers gegenüber von Servitutansprüchen gerechtfertigt erscheinen, sondern die gleichen Gründe führen dasselbe Verhältniß bei allen negativen Klagen herbei, soferne in denselben vom Beklagten nicht das ganze Recht des negirenden Klägers, sondern nur ein einzelner Bestandtheil, welcher Gegenstand einer besonderen Servitut sein kann, bestritten wird. Namentlich ist dieß der Fall, so oft — einer persönlichen Servitut (ususfructus, usus, habitatio) gegenüber — vom Beklagten eine Servitut z. B. eine servitus itineris u. s. w. exceptionsweise geltend gemacht

wird. In all' diesen Fällen ist aus gleichen Gründen anzunehmen, daß der Negatorienkläger nicht die einzelne strittige Befugniß aus seiner Personalservitut, sondern stets nur dieß Recht der Personalservitut überhaupt, den ususfructus u. s. w. schlechthin, zu beweisen habe. Dem Beklagten bleibt es alsdann überlassen, diesem Beweise gegenüber die Exception aus dem Servitutrechte zu beweisen. — Für eine dieser Personalservituten ist dieß Verhältniß speciell angedeutet in der schon oben II in f. berührten, bestrittenen Entscheidung der l. 1 pr. l. 5 § 1 D. si ususfr. 7, 6: si fundo fructuario servitus debeatur: servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum, ac per hoc vicinum, si non patiatur ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui.

Von selbst indessen wird es sich verstehen, daß diese Befugniß — des Eigenthümers oder Personalservitutberechtigten, sich gegenüber der Inanspruchnahme einer Servitut lediglich durch den Beweis seines Eigenthumes oder seiner Personalservitut zu schützen — eine Befugniß und keineswegs eine Pflicht ist. Will und kann der Negatorienkläger den Besitz der bestimmten einzelnen Befugniß beweisen, hat er z. B. durch Ersitzung, usucapio libertatis, non usus, Tradition, Rückerwerb einer früheren Servitut, irgend ein Recht z. B. das Recht in einer bestimmten Richtung selbst zu gehen oder das Recht, daß der Gegner in eben dieser Richtung nicht gehen darf, speciell erworben, so besteht anderseits kein Grund, den Berechtigten in dieser Beweisführung — allenfalls im Wege des Gegenbeweises gegenüber dem Servitutbeweise des Beklagten — zu beschränken. Denn jene Erleichterung der Beweislast bei der negatoria ist, wie bemerkt, keine innerlich nothwendige, sondern nur eine, in Folge äußerer Zweckmäßig-

keitsgründe zugelassene, ein beneficium, eine Folge einer Präsumtion, welche auf den inneren eigentlichen Klagegrund dieser Klagen ohne Einfluß ist, und auf welche jederzeit verzichtet werden kann. — —

Nach dem Bisherigen können wir nochmals die praktischen Schlußfolgerungen aus dem Umstande, daß die conf. und neg. keine selbstständige Klage ist, übersichtlich zusammenfassen. — Dadurch, daß jene vermeintlichen beide Klagen in der Wirklichkeit nicht selbstständige Rechtsmittel sind, sondern nur Qualitäten anderer Klagen, treten an die Stelle derjenigen besonderen Grundsätze, welche man bisher für die vermeintlichen selbstständigen confessorischen und negativen Klage speciell aufstellte, nun die speciellen Grundsätze derjenigen Klagen, deren blose negative oder positive Qualität die negatoria und confessoria in der Wirklichkeit geltend macht.

Ein Rechtssatz schien hiebei bisher der Lehre von der act. neg. und conf. speciell und ausschließlich eigenthümlich zu sein: die Lehre von der Beweislast. Aber auch diese Beweislast löst sich — nach dem Wegfalle der actio neg. und conf. als besondere Klage — bei näherer Betrachtung in den Beweis des Klagegrundes der betreffenden speciellen (positiv oder negativ qualificirten) Klage auf. — Nur eine scheinbare Ausnahme ergibt insbesondere die Beweislast bei der negativen Klage des Eigenthümers und Personalservitutberechtigten gegenüber einem Beklagten, welcher ein Servitutrecht beansprucht, welches regelmäßig einen Theil dieses Eigenthums oder dieser Personalservitut selbst ausmacht; hier wurde schon bisher nicht über das nunmehr allein strittige Recht, welches den Inhalt der beschränkenden Servitut zu bilden hätte, Beweis auferlegt. — Diese Ausnahme ist aber gleichfalls nicht Folge davon, daß diese negatoria als eine besondere

Klage erscheint, sondern Folge einer Präsumtion, welche gerade wieder lediglich in der eigenthümlichen Natur derjenigen ebenangeführten speciellen Klagen selbst ihren Grund hat, welche (bei negativer Abwehr von Störungen) geltend gemacht werden. Diese Ausnahme eben ergibt somit ebensowenig, daß die vermeintliche negatoria actio eine selbstständige Klage ist.

Anhang.

Oben — § 2 B am Schlusse — wurde bemerkt, daß sich die Unzulänglichkeit der historischen Methode, abgesehen von der vorliegenden Lehre der confessoria und negatoria, noch an mehrfachen anderen Lehren schon jetzt nachweisen lassen werde.

Hier einzelne Beispiele.

I. Recht der Persönlichkeit.

Puchta's Recht der Persönlichkeit z. B. ist im heutigen Civilrecht „im Prinzipe" eine unbewußt historisch-antiquarische Lehre, welche — vom richtigen positiven, i. e. dem empirischen Standpunkte aus — als haltlos bezeichnet werden muß. — Ein Recht einer juristischen Person nämlich — als nothwendige Vorbedingung zum Erwerbe aller Privatrechte, so zwar, daß diese Vorbedingung selbst wieder ein (erwerbbares und veräußerliches) „Recht" sein sollte, — hatte nur einen Sinn in Rom oder einem sonstigen antiken Staate, und auch selbst jetzt noch da, wo Sklaverei besteht; nimmermehr aber erfahrungsgemäß heutzutage bei uns in Deutschland.

In Rom mußte allerdings die physische Person noch überdieß das veräußerliche „Recht" einer, zum Erwerbe von Privatrechten befähigten, vom Rechte anerkannten Person als generelle Vorbedingung zum Erwerbe eines Privatrechts haben. Denn dort galt erstens — wie in den antiken Staaten überhaupt — das Prinzip der persönlichen Rechte (vgl. Savigny, Gesch. Bd. I. § 30 Note c); d. i. man mußte vor Allem dem speciellen Volke oder Volksstamme angehören, um dessen Privatrechte genießen zu können: status civitatis. — War

diese eine Voraussetzung gegeben, so bedurfte man ferner als zweite Voraussetzung: des Besitzes der Freiheit: status libertatis; denn die Sklaverei konnte damals wiederholt jede Möglichkeit des Erwerbes von Civilrechten entziehen. — Diese beiden damaligen Voraussetzungen nun für den Erwerb von Civilrechten: Volksangehörigkeit und Freiheit, konnten erworben und verloren werden und waren deßhalb selbst wieder ein Recht — Geschichtlich also hat Puchta Recht; in der Vergangenheit, im alten Rom, im früheren Mittelalter bedurfte es zum Erwerbe von Privatrechten eines (wenn man will präjudiciellen) Rechtes, welches man passend mit einem Rechte der (privatrechtlichen) „Person" schlechthin bezeichnen kann.

Anders verhält sich die Sache vom Standpunkte der Empiric, i. e. sobald wir von dem heutigen, thatsächlich gegebenen Rechte ausgehen. — Unsere heutige Erfahrung zeigt, daß die Stammesangehörigkeit zu einem bestimmten Volke nicht mehr die Voraussetzung bildet, um an dessen Civilrechte Theil nehmen zu können: das Prinzip der persönlichen ist heutzutage dem sog. Prinzipe der territorialen Rechte gewichen. Ebenso ist die Sklaverei bei uns beseitigt. — Um somit heutzutage des Privatrechtes eines civilisirten Volks theilhaftig zu werden, bedarf es nicht mehr des Erwerbes eines besonderen, präjudiciellen Vorrechtes (status), welches wieder den Erwerb des ersteren bedingt, sondern die Erwerbfähigkeit von Privatrechten oder die Rechtsfähigkeit im Civilrechte ist schon eine unveräußerliche und nothwendige Eigenschaft einer jeden „physischen" Person, kein „Recht".

Jede Befugniß, welche als ein „Recht" gelten soll, muß in der Art einer rechtlichen Disposition unterworfen sein, daß sie erworben und verloren werden kann. Außerdem sinkt sie zu einer nothwendigen, unwillkürlichen und faktischen Eigenschaft einer jeden physischen Person, oder einem über-

all gegebenen faktischen Zustande herab, welche nicht mehr Gegenstand des Rechtes, geschweige ein Vorrecht, ist. — Aus diesem Gesichtspunkte ist auch die Civil-Rechtsfähigkeit oder Persönlichkeit im Prinzipe heutzutage nicht mehr ein Recht, sondern nur noch ein faktisches Verhältniß, welches im Rechte nicht mehr in Betracht kommt, weil es nicht mehr rechtliches Interesse bietet.

Nicht als generelle Regel wenigstens, sondern nur in einzelnen Fällen ist heutzutage im Civilrecht noch ein speciell erwerbbares Recht denkbar, welches selbst wieder die Voraussetzung zum Erwerbe von bestimmten Privatrechten bildet. — So: wenn die Rechtsfähigkeit vom Gesetze überhaupt fingirt wird, da wo außerdem überhaupt keine Rechtsfähigkeit vorläge, nämlich: in der juristischen Person. — Ferner allenfalls im Lehenrechte: zum Erwerbe von Lehen (Investitur); beim Adel: zum Erwerbe civilrechtlicher Adelsvorrechte (der modernen Familienfideikommisse u. s. w.)[1]); etwa im Familienrechte (status familiae): in den durch Adoption, patria potestas etc. begründeten Rechtsverhältnissen, da diese wieder die Voraussetzung zur Erlangung anderer Civilrechte, zur Alimentation, Nutzgenuß des parens und Erbrecht bilden. — — Diesen einzelnen Ausnahmen gegenüber aber steht als modernes Prinzip fest, daß der Erwerb civilrechtlicher Befugnisse durch eine besondere Rechtsfähigkeit nicht bedingt ist.

Deßhalb müssen wir in Puchta's allgemeinem Rechte der Persönlichkeit eine „historische" Lehre ersehen, welche in einen Gegensatz zum wahren positiven (empirischen), Rechte tritt:

1) Im früheren Handelsrechte, solange nur die „Person" des Kaufmanns wechselfähig u. s. w. war. — Auch eine generelle „persona" standi in judicio existirt nicht mehr: z. B. die Unfähigkeit der Kinder liegt nicht in dem Mangel eines status, sondern in ihrer Handlungsunfähigkeit.

vom Standpunkte des positiven Rechts aus hätte Puchta unterscheiden müssen: historisch zwar — in Rom — bestand ein generelles Recht der Persönlichkeit im Civilrechte; positiv aber besteht ein solches nicht mehr. — Der Historiker Puchta hat eben deßhalb mit Unrecht die antiquarische Lehre der Persönlichkeit (als ein Prinzip) in das heutige positive Recht i. e. in seine „Pandekten" aufgenommen, und aus derselben praktische Consequenzen für das heutige Recht gezogen.

II. Besitz.

Das großartigste Beispiel einer, durch eine lediglich historische Rechtsanschauung ermöglichten Abirrung vom Positiven sowie für die Nothwendigkeit einer empirischen Berichtigung einer Lehre dürfte wohl die berühmteste Monographie der historischen Schule: — Savigny's Besitzlehre selbst[2]) — bieten. —

A. Römische Verhältnisse.

Die von der historischen Schule auf unseren heutigen Besitz angewendete „römische possessio" ist kein „Besitz", sondern um nichts weniger, als: das mittels corpus und animus „domini" zu erwerbende „Eigenthum nach jus gentium". — Geschichtlich nämlich ist diese possessio, wie Savigny (R. des Besitzes § 9 Ziff. 1 u. 2) selbst zugesteht, nichts anderes, als: das peregrine und bonitarische „Eigenthum". Die Römer charakterisiren deren Entstehung (vgl. l. 1 pr. D.

2) Dies Beispiel habe ich schon in meiner früheren Schrift: Das prakt. Bedürfniß der Rechtsreform 2c. S. 140 ff. berührt. — Besonders erfreulich ist, daß eine neueste Forschung sich gleichfalls der Anschauung hinneigt, die röm. possessio ist nichts anders, als eine Ergänzung des röm. Eigenthumsschutzes. Jhering, Jahrb. f. Dogm. Bd. IX. bes. S. 60 ff. — Noch mehr, als durch einen dogmatischen Nachweis, müßte sich dieß durch eine erschöpfende Specialgeschichte der röm. possessio nachweisen lassen, welche leider selbst Savigny's Monographie fehlt.

de poss. 41, 2: possessio appellata a sedibus mit Festus) ausdrücklich durch das Rechtsverhältniß desjenigen, welcher — selbstverständlich animo domini — sich auf noch nicht occupirten Ländereien (Ansiedelungen, sedes) niederläßt, weil dieses Recht nach den Grundsätzen des jus naturale oder gentium von demjenigen behauptet werde, welcher sich dauernd ansiedelt (qui insistit). — Der Ansiedler aber auf einem von ihm occupirten Lande, sowie der Peregrine, welcher animo domini seinen eignen, ererbten und in bester Form Rechtens erworbenen, Grund und Boden inne hat, hat doch wohl nicht einen bloßen Besitz im heutigen Sinne, nicht ein Faktum, sondern offenbar ein „Eigenthum", welches durch ein Faktum im heutigen Sinne lediglich „erworben" wird, oder doch jedenfalls eine Eigenthumsart, nämlich: wenn auch nicht das Eigenthum ex jure Quiritium, so doch wohl das Eigenthum nach jus gentium. Und diese römische Eigenthumsart der „possessio" war noch zur Zeit der klassischen Juristen — man bedenke! — Die einzige mögliche „Eigenthumsart" für die gesammte Provinz sowie für alle Fremden in Rom, welche des dominium ex jure Quirit. alle nicht theilhaftig waren, und doch wohl behufs ihrer Existenz, ihres Lebensunterhaltes, gleichfalls eines Eigenthums bedurften; somit Jahrhunderte lang die einzige Eigenthumsart für die bei weitem größere Mehrzahl der Bewohner des ausgedehnten römischen Reiches! — — „Wie" ist es nun überhaupt logisch jemals denkbar, daß ein so verbreitetes Eigenthum plötzlich aufgehört haben sollte, Eigenthum zu verbleiben und ohne irgend welche äußere Veranlassung in ein vom Eigenthume von Grunde aus verschiedenes, demselben gerade entgegengesetztes, Institut des heutigen Besitzes hätte übergehen sollen? — —

α) Ein erster Einwand ist wohl bereit: das Bestehen einer injusta possessio. — Dieses Eigenthum nach jus gen-

tium nämlich konnte zwar entweder vollkommen — d. i. justa causa, — oder auch unvollkommen — d. i. ohne justa causa (und letzteres wieder entweder mit putativer oder ohne alle causa) — erworben werden. Aber auch selbst diese unvollkommene possessio, mit der actio Publiciana (auch schon Publicianisches „Eigenthum" genannt) und mit Interdiktenschutz, war begrifflich noch immer ein Eigenthum: wenn auch kein absolutes, so doch ein „relatives". —

Ein „relatives Eigenthum" (poss. ad usucapionem mit Publiciana, welche zu einer bloßen „adjectio" dominii führte, und possessio ad interdicta) nämlich ist dasjenige, welches nicht absolut (gegen jeden), sondern nur relativ, i. e. in Beziehung („Relation") auf einen nicht ebenso Berechtigten, als Eigenthum, — alsdann aber, materiell wenigstens, ebenso als Eigenthum — gilt, wie das volle oder absolute Eigenthum. Mit andern Worten: dasselbe gilt gegenüber dem absoluten (justa causa erworbenen) Eigenthume nichts, gegenüber jedem dritten Nichteigenthümer aber materiell alles und genau ebensoviel, wie das absolute Eigenthum. Nicht in seinem materiellen Begriffe demnach ist es von jenem absoluten Eigenthume verschieden[3]); beide haben in Rom ani-

---

3) Die einzigen Unterschiede zwischen dominium und possessio, deren noch das corpus juris erwähnt, bestehen 1) in der causa aquirendi l. 52 pr. D. de poss. 42, 2; wie bemerkt, die justa causa erwirbt absolutes, die putative oder injusta causa relatives Eigenthum; beide sind aber trotz dieses Unterschiedes Eigenthum, nicht materiell verschiedene Institute, wie Besitz und Eigenthum; 2) in der Verschiedenheit und damit der verschiedenen Dauer der Rechtsmittel l. 12 § 1 D. de poss.; l. 1 § 2 D. uti poss. 43, 17; auch dieser äußere Unterschied begründet, wie bemerkt, keine Verschiedenheit in dem materiellen Begriffe des Eigenthums; 3) in der Dauer; l. 17 § 1 D. de poss., l. 13 pr. eod.: das relat. Eigenthum geht animo allein schon verloren (Savigny, Besitz § 30), das absolute, wenigstens nach mehreren Stellen, nicht. Aber auch deßhalb, weil eine Eigenthumsart eher untergeht, als die andere,

mus domini und ein wirkliches Recht, (keiner ein bloßes Faktum); sondern nur in Aeußerlichkeiten besteht eine Verschiedenheit: in dem äußeren Schutze, in der theilweise kürzeren Verjährungsfrist der Klagen u. s. w.

Auch die deutsche Praxis kennt ja, wie das römische Recht, nebenbei bemerkt, dieses relative Eigenthum schon längst in ihrem (von der Praxis sogenannten) „besseren Rechte". Nicht selten findet sich die moderne Klagebitte bei Eigenthumsprozessen 2c. dahin gestellt: zu erkennen, daß dem Kläger das Eigenthum an der strittigen Sache oder doch ein „besseres Recht" zustehe, als dem Beklagten; und die Beweisauflage in diesen Prozessen erachtet es häufig als selbstverständlich, daß mit dem Eigenthume auch dieß relativ bessere Recht, welches — wie das minus in dem plus — in dem vollen Eigenthumsrechte enthalten sie und deßhalb stets stillschweigend mit zum Beweise auferlegt erscheine, vom Kläger mitbewiesen werden dürfe. — Dieses sog. bessere Recht ist nichts anderes, als jenes relative Eigenthum, und letzteres hat eben im Gebiete des rö-

---

würde erstere nicht aufhören Eigenthum zu sein. Uebrigens ist zu bemerken, daß auch selbst der letztere Unterschied im corp. juris nicht allseitig anerkannt ist; § 47 J. II, 1 besagt, daß auch das dominium schon animo allein verloren gehe; es ist möglich, daß die das Gegentheil aussprechenden Stellen interpolirte sind, welche ursprünglich davon sprachen, daß das civile dominium — solo animo i. e. ohne mancipatio und in jure cessio — nicht verloren gehe. Bei der vorliegenden Antinomie dürfte wenigstens nach denselben Interpretationsregeln, aus welchen Savigny (Bes. § 30) den Verlust der possessio — solo animo — nachweist, auch zu folgern sein, daß das Justinianische dominium, welches durch Uebertragung der possessio — corpore et animo — erworben wird, gleichfalls solo animo verloren gehe. — Alle andern Verschiedenheiten nun der poss. und des dominium sind von der bisher vorgefaßten Meinung „erträumt", daß die possessio ein „Besitz" sei, und sind aus den heimischen Anschauungen über Besitz in die Lehre der röm. poss. erst hineingetragen.

mischen Rechts unzweifelhaft der possessor mit putativer causa und selbst der mala fide possessor gegenüber demjenigen, welcher überhaupt nicht possessor ist: (l. 53 D. de poss. 41, 2; l. 1 § 9, l. 2 D. uti poss. 43, 17: hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam qui non possidet).

Somit wird die römische possessio selbst in ihrem unvollkommensten Zustande begrifflich unmöglich etwas anderes, als wieder ein Eigenthum oder eine Art des Rechtes des Eigenthümers, kein Faktum.

β) Ein zweiter Einwurf wäre zu erwarten: Unter Justinian müsse die possessio „Besitz" geworden sein? — Unter Justinian wurde nämlich allerdings das civile dominium (ex jure Quiritum) mit diesem Eigenthum des jus gentium, der possessio, zu einer Eigenthumsart vereinigt. Wie sollte aber diese Vereinigung einen „Besitz" erzeugen können? — Aeußere Folge dieser Vereinigung war, daß nun, während früher auch das justa causa erworbene Eigenthum (in der Provinz, oder in Rom an den bona, nämlich das in bonis), noch immer possessio hieß, jetzt — und zwar erst jetzt — in den interpolirten Stellen des corpus juris alles justa causa erworbene Eigenthum regelmäßig, wenn auch keineswegs immer[4]),

---

4) Hie und da wird auch jetzt das justa causa erworbene Eigenthum noch immer possessio genannt. So bezeichnet gerade diejenige const., welche die Vereinigung des dominium ex j. Quiritium mit der possessio formell ausspricht, das Recht des nunmehrigen Eigenthümers als ein „firmo jure possidere" c. 1 Cod. de usucap tranform. 7, 31, und es ginge doch wohl zu weit, anzunehmen, daß Justinian in einer über die Bedeutung der possessio entscheidenden Constitution das Wort possidere in einem nichtjuristischen Sinne genommen hätte. (Daß nebenbei unser nichtjuristischer Sprachgebrauch Besitz und Eigenthum — vielleicht gerade deßhalb, weil wir von jeher fühlten, daß die als Besitz aufgefaßte römische possessio mit dem Eigenthum in Verbindung stehe — hie und da identificirt, beweist doch sicher nichts für das röm. Recht: cf. c. 7 Cod. de cens. 11, 57.) — In der Bedeutung von abs. Eigen=

dominium, hie und da vielmehr noch fortwährend possessio hieß, während das relative, nach wie vor und zudem jetzt ausschließlich, possessio genannt wurde. Somit war die Consequenz dieser Vereinigung die, daß jetzt wiederholt zwei Eigenthumsarten neben einander bestehen, der Ausdruck dominium als der regelmäßige für das absolute, der Ausdruck possessio für das relative Eigenthum. Aber ein „Eigenthum" bezeichnen auch jetzt noch beide. Einen Besitz kannte das römische Recht — abgesehen etwa von einzelnen Spuren in dem römischen habere (actio ad exhibendum, habere licere), welches nie zu einem selbstständigen Rechtsinstitute ausgebildet wurde: l. 38 § 9 D. V. O. 45, 1; l. 6 § 1 D. si serv. 8, 5 (in einem anderen Sinne l. 143 D. V. S.) — überhaupt nicht. „Wie" sollte also nun in Folge dieser Vereinigung plötzlich die eine Eigenthumsart aufhören können, Eigenthum zu sein?

γ) Ein dritter Einwurf: die spätere Kaiserzeit schuf einen Besitz? — Der codex und die spätere Kaiserzeit räumte schließlich zwar allerdings dem colonus, dem Diener, der Verwandtschaft — namentlich behufs des Schutzes der Güter Abwesender — eine sog. „momentanea possessio" ein. Aber auch hiedurch wurde der Eigenthumsbegriff der römischen possessio nicht verändert. Vielmehr war dieses Recht nur ein so zu nennendes „abgeleites Eigenthum", wie Savigny eine sog. abgeleitete possessio nachgewiesen hat, und wie in der früheren Zeit sogar das civile „dominium ex j. Quiritium" als abgeleitetes übertragen werden konnte. Denn das Pfandrecht z. B. konnte in Rom bestellt werden: durch Eigenthumsübertragung, und zwar entweder durch Uebertragung eines abgeleiteten „dominium" (ex j. Qu.): in der „fiducia", oder

---

thum findet sich possessio noch in vielen Stellen des corpus juris; z. B. l. 78 D. V. S. 50, 16; l. 15 § 1 D. qui satisdare 2, 8; l. 42 D. de poss. 41, 2; l. 2, 3 Cod. sine censu 4, 47 u. s. w.

eines Eigenthumes ex j. gentium, der possessio: in dem pignus. Ganz ebenso wurde auch dem römischen sequester, möglicherweise dem Emphytheuta und Präcaristen, ein abgeleitetes Eigenthum ex jure gentium (possessio) übertragen. — Und ein ganz ähnliches Recht konnte demzufolge von den Kaisern jetzt selbst auch dem colonus u. s. w. übertragen werden; aber diese possessio hatte noch immer animus domini und war noch immer die römische Eigenthumsart. —

Aus keiner logisch denkbaren Veranlassung somit konnte die frühere Eigenthumsart der possessio so plötzlich in ein Institut umgewandelt worden sein, welches nun auf einmal systematisch ganz vom Eigenthume verschieden und ein diesem entgegengesetztes war. —

Diese römische possessio hat die historische Schule, weil sie überliefert, bei den res „corporales" auf unsern Besitz übertragen zu können vermeint. — Inconsequenter Weise! denn gleichzeitig hörte sie bei den res „incorporales" Servituten u. s. w. niemals auf, die römische possessio (quasipossessio) juris als das wirkliche Recht, keineswegs als blosen Besitz oder als Faktum, zu bezeichnen. Warum sollte dieselbe possessio bei den res corporales nun auf einmal nicht mehr das blose Recht, bei den res incorporales aber noch immer das Recht sein? —

Suchen wir dagegen festzustellen, was die Empirie als den Begriff unseres heutigen Besitzes ergeben wird.

B. Heimische Rechtsverhältnisse im Besitzrechte.

Auf germanischem wie auf romanischem Boden dagegen finden sich sichtbare Anwendungen eines wahren Besitzrechtes[5]) vor; d. i. eines Rechtes, dessen Gegenstand nach der

5) Inwieweit der heutige, empirische Begriff des „Besitzrechts" mit dem altdeutschen Begriffe der „Gewere" an Sachen zusammenfällt —

Ueberzeugung des Volkes und aller seiner Juristen — Savigny nicht ausgenommen — nicht ein Eigenthum, (wie in der Wahrheit die römische possessio), sondern ein Faktum im heutigen Sinne des Wortes ist.

Im Gegensatze zur Abstammung des römischen Wortes possessio (von sedes-Niederlassungen, i. e. des Rechtes der Ansiedelung oder des Eigenthums hieran), bezeichnet schon das Etymon unseres deutschen Besitzrechtes lediglich ein Recht, auf einem Anwesen u. s. w. zu „sitzen", oder, wie der praktisch klare Kreitmair treffend definirt: das Recht, eine Sache „innezuhaben". — Charakteristische Beispiele, in welchen die uns angeborne Anschauung so recht eigentlich ein Recht des Besitzes gegeben finden dürfte, sind etwa folgende: — bei Mobilien: ich „besitze" einen Stuhl; z. B. einen Kirchenstuhl, welcher der Kirche, einen Theaterplatz, welcher eigenthümlich dem Theatereigenthümer gehört; — oder bei Immobilien: ein wegen politischer Verwickelungen flüchtender Bruder überträgt mir den Besitz seines ganzen Anwesens; diesen Besitz übe ich aus, in der Absicht, dem Flüchtigen sein Eigenthum zu „erhalten". — In solchen Fällen wäre ein animus „domini" eine Unmöglichkeit, eine Absurdität; nur eine Absicht „zu besitzen" ist denkbar, und jeder unberechtigte beliebige Dritte könnte mich vertreiben, wenn ich nicht ein Besitzrecht hätte (und wenn nicht die spätere Kaiserzeit für letztere Verhältnisse wenigstens ein abgeleitetes Eigenthumsrecht zuerkannt hätte; s. oben).

Nach römischem Rechte nun wäre in Fällen, wie den

---

welcher als Gewahrsam u. a. in einzelnen Reaten des Strafrechts noch heutzutage positive Anwendung zugestanden wird: Schütze, Lehrb. des D. Strafrechts auf Grund des Reichs-St.-G.-B. § 91 Ziffer 2, a mit Note 5, — muß einer besonderen Untersuchung vorbehalten werden. Soviel wenigstens dürfte jetzt schon feststehen, daß beide Begriffe nicht mit der römischen possessio identisch sind.

ebenerwähnten, ein „dingliches" Recht des Besitzes überhaupt nicht denkbar. — Nur mittels einer persönlichen obligatio, eines Mandates, Commodates, einer Miethe u. s. w. konnte in Rom dem Besitzer das Faktum verschafft werden; ein „dingliches" Recht oder ein Recht in Beziehung auf die Sache aber kann ich in obigen Beispielen nach römischem Rechte überhaupt nicht oder nur dann erlangen, wenn ich mir überdieß einen animus, Eigenthümer sein zu wollen (animus domini) — welchen ich in jenen Verhältnissen in der Wirklichkeit nicht habe und nicht haben kann, — erheuchle oder fingire und mir so selbst das ganze Eigenthum anmaße. — Verschieden hievon existirt dagegen das heimische Gewohnheitsrecht des Besitzes, welches äußerlich zwar unter der falschen Hülle des römischen Sachenrechts der possessio groß gewachsen ist, aber dadurch zugleich als thatsächliches Sachenrecht besteht, und trotzdem, wie gezeigt, nicht die römische possessio sein kann, weil letztere eine römische Eigenthumsart ist; somit ein von der römischen possessio verschiedenes Besitzrecht an Sachen, welches schon bisher — nicht blos, wie die Obligationen, lediglich gegenüber einem persönlich Obligirten geltend gemacht, sondern — mit selbständigen Rechtsmitteln (Besitzklagen) sogar Dritten gegenüber (absolut) geschützt wurde; ein Recht, welches als ein wahres dingliches erscheint. —

Daß dieses Recht, abgesehen von seinem äußeren Rechtsschutze, seiner inneren Natur nach gleichfalls ein jus in re ist, zeigt sich insbesondere aus Folgendem: ist der Eigenthümer selbst zugleich Besitzer, so bedarf er keines besonderen Besitzrechtes; denn letzteres ist im Eigenthume schon inbegriffen und verschwindet in ihm; daraus folgt, daß dieses Besitzrecht nur ein Theil des Eigenthums oder ein jus in re ist; in dem Momente aber, in welchem dieses Recht, zu besitzen, vom Eigenthume losgetrennt und vom Eigenthümer selbst oder sonstwie

einem Dritten übertragen ist, wird nun dieses wahre jus in re erkennbar, welches nun absolut, auch jedem Dritten — und sogar dem Eigenthümer selbst gegenüber (z. B. im deutschen Faustpfand) — geschützt ist.

Hier noch einige charakteristische weitere Verschiedenheiten des „Besitzes" von der „possessio". — Das römische corpus ist eben das, was wir heutzutage mit „Faktum" wiedergeben (und was Savignys Theorie überdieß, nebenbei bemerkt, nicht ganz eigentlich mit detentio bezeichnet; weil detinere regelmäßig das corpus des Repräsentanten — das alienam possessionem detinere — begreift). Dieses corpus oder Faktum im heutigen Sinne also ist in beiden Rechtsinstituten dasselbe; der animus aber ist ein verschiedener: der possessor nämlich will mittels des Faktum (corpus) den Inbegriff aller Rechte über die Sache, nämlich das Eigenthum (animus domini), nicht blos das corpus; der Besitzer will nur dieß corpus, nicht das Eigenthum. — — Dieses corpus ferner hat in beiden Rechtsinstituten verschiedene Aufgaben: beim possessor ist es nur ein Mittel oder die Voraussetzung zum Erwerbe seines Rechtes; beim Besitze dagegen ist es: der ganze Inhalt und Selbstzweck des Rechtes. — — Der römische possessor tritt ferner — abgesehen von der sog. abgeleiteten possessio — nothwendig mit dem rechten Eigenthümer (justus dominus) wegen des Eigenthums in Conflikt, weil der römische possessor selbst animus domini oder rem sibi habendi hat, i. e. selbst Eigenthümer sein will; der Besitzer als solcher dagegen nie; sondern der Besitz als besonderes Recht setzt ganz im Gegentheil seinem Wesen nach voraus, daß der Besitzer nicht selbst Eigenthümer ist und sein will, sondern ein Dritter, und in dem Moment in welchem zum Besitze, wenn auch nur die blose Absicht, Eigenthümer sein zu wollen, hinzutritt, beschreitet das betreffende Recht das fremde Gebiet des

Eigenthums (i. e. der possessio) und verläßt dasselbe das Gebiet des blosen „Besitzes". Nur wegen des Faktums oder des Besitzes selbst somit kann der Besitzer als solcher mit dem Eigenthümer in Conflikt treten, niemals aber wegen des Eigenthums. — — Aus dieser innersten Verschiedenheit des Besitzes von der römischen possessio erklärt es sich, warum in allen Rechtsverhältnissen, in welchen thatsächlich und unzweifelhaft ein wirkliches Faktum (corpus) oder ein thatsächlicher „Besitz" eintritt, in Rom eine possessio nicht gegeben war; z. B. bei dem Pächter, Miether Commodatar, Usufruktuar u. s. w.; während umgekehrt in Rom eine possessio dennoch eintreten konnte, selbst wenn der possessor das Faktum, den thatsächlichen „Besitz" in Person niemals erlangt hatte z. B. bei dem Erwerbe der possessio mittels constitutum possessorium oder mittels Tradition an einen Repräsentanten überhaupt. — Kurz also unser heutiger Besitz ist das wahre Faktum im modernen Sinne des Wortes, d. i. ein Recht zur Ausübung der faktischen Herrschaft über eine Sache, während die römische possessio lediglich eine mittels dieses Faktums im heutigen Sinne „erworbene" Eigenthumsart ist.

Nichtsdestoweniger fanden unsere Romanisten in dem corpus juris alsbald Anklänge vor, welche sie zu der irrthümlichen Meinung verführten, als ob die römische Eigenthumsart der possessio ein „Besitz" sei. Abgesehen nämlich davon, daß bei beiden das corpus (das Faktum im heutigen Sinne), eine wirkliche, wenn auch eine völlig verschiedene, Rolle spielt, fanden dieselben überdieß die ausdrückliche Bestätigung im corpus juris vor, daß die possessio zugleich „facti" sei. — — Freilich wollte dieser römische Ausdruck ebensowenig sagen, daß die possessio ein „Faktum" oder „Besitz" im heutigen Sinne des Wortes sei, als etwa die römischen Juristen unter einer actio in „factum" oder formula in „factum concepta"

ein Rechtsmittel verstanden hätten, welches einen faktischen „Besitz“ schützen sollte! — In der Wirklichkeit vielmehr besagt eben der Ausdruck: „possessio facti“ in Rom nichts anderes, als: daß die possessio dort ein Recht war, welches nicht „jure“ — gleichbedeutend mit jure civili, — sondern tuitione praetoris oder etwa mit einer formula in „factum“ geschützt wurde (cf. l. 1 pr. D. 7, 4; l. 9 § 1 D. 7, 9; l. 2 § 3 D. 8, 5)! — —

Wie bewährt sich nun die historische Methode in diesem Contraste wieder bei Findung des positiven Rechts? — Während die Praktiker des verflossenen Jahrhunderts — wenn auch noch ohne juristische Begründung ihrer Anschauung — wenigstens die unpraktischen und zum Theil unlogischen Consequenzen der römischen possessio für den heutigen Besitz einfach außer Uebung ließen, versuchte die historische Theorie Savignys die historische römische possessio, weil im corpus juris überliefert, in ihrer vermeintlichen „Reinheit“ als das für den heutigen Besitz positive Recht einzuführen, ohne an der Hand der Erfahrung vorerst zu prüfen, ob nur überhaupt das Wesen, der Gedanke des heutigen geltenden Besitzes mit dem jener römischen possessio identisch sein konnte. — So bewegte sich die historische Lehre in der, in der That unglaublichen Schlußfolgerung: dieselbe (Savigny) erkannte einerseits an: 1) die römische possessio war in der Geschichte ein Eigenthum, nämlich peregrines und bonitarisches, und 2) der heutige Besitz ist kein Eigenthum; und dennoch schließt dieselbe anderseits — doch wohl gewiß unlogisch — weiter: deßhalb sei diese römische Eigenthumsart possessio auf unseren heutigen „Besitz“, (welcher ihr selbst kein Eigenthum ist), anzuwenden!

Aufgabe einer richtigeren, empirischen Grundanschauung wird es jetzt wohl umgekehrt sein, vor allem aus der thatsächlichen Gestaltung der Gegenwart das festzuhalten, daß

der heutige Besitz kein Eigenthum und keine Eigenthumsart (wie die römische possessio) ist und sein soll, und alsdann aus diesen gleichen Prämissen der historischen Schule richtiger den logischen Schluß zu ziehen, daß der heutige „Besitz" nicht unter die römische possessio subsumirt, vielmehr als ein selbstständiges Institut des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts anerkannt — und auch selbstständig „construirt" werden muß; letzteres deßhalb, weil ein für das gleiche Rechtsverhältniß anzuwendendes Institut im römischen Rechte überhaupt nicht überliefert, und deßhalb eine „Construktion" überhaupt zulässig erscheint. —

Daß es alsdann insbesondere im positiven Rechte zulässig ist, dieses selbstständige Institut des einheimischen Besitzrechtes nicht blos als eine, durch persönliche Verpflichtung (Obligation) herbeigeführte, faktische Herrschaft, sondern als dingliches Recht zu construiren, ergibt sich theils daraus, daß es, wie oben gezeigt, schon als „Gewohnheitsrecht" in dieser Weise positiv ist, theils daraus, daß dieses Recht überdieß auch jeden Augenblick als ein neues Rechtsinstitut durch Privatdisposition eingeführt werden kann, weil kein Prohibitivgesetz entgegensteht. Denn jeder Eigenthümer hat in seinem Eigenthum ein dispositives Recht; wie derselbe nun sein ganzes Eigenthum an einer Sache veräußern kann, ebensogut muß er doch wohl sicher auch nur alle in demselben enthaltenen faktischen Befugnisse ohne das Eigenthumsrecht selbst, d. i. den Besitz, dinglich auf bestimmte Zeit veräußern können. Auf diese Weise somit würde auch durch Privatdisposition ein Recht des Besitzes im heutigen Sinne ohne animus domini geschaffen werden können, selbst wenn es nicht schon gewohnheitsrechtlich als positives Institut bestünde.

Daß ferner eine solche Construktion des Besitzes sich verlohnen wird, weil der letztere für manche Verhältnisse

viel werthvollere Dienste leisten dürfte, und das wirklich beabsichtigte Rechtsverhältniß sich durch ihn viel wahrer rechtlich gestalten lassen wird, als durch ein römisches relatives Eigenthum, wird ebensowenig einem Zweifel unterliegen.

Das deutsche „Faustpfand" z. B. ist bei Mobilien präciser und wirksamer, als die römische Uebertragung eines abgeleiteten „Eigenthums" (dominium in der fiducia oder possessio im pignus); denn der Pfandgläubiger im Faustpfande erwirbt nothwendig die faktische Disposition oder die sog. Detention; derselbe wird somit so weit eher gegen Verschleppung seines Unterpfandes gesichert, als im römischen pignus, weil bei letzterem der Gläubiger den Pfandgegenstand nicht nothwendig in seine Gewalt (sog. Detention) erhält, sondern der Schuldner Namens des Gläubigers das Eigenthum thatsächlich (mittels possessio alieno nomine) fortwährend ausüben oder detiniren kann. — Im modernen „summariissimum" ferner wird der heutige Richter dem Obsiegenden weit richtiger anstatt der römischen Eigenthumsart (possessio mit animus „domini") einstweilen nur den Besitz (das blose Innehaben mit dem animus zu „besitzen") einräumen, weil ja doch darüber, ob von der betreffenden Partei auch dieser animus „domini" mit Recht beansprucht werden darf, eben erst das petitorium „entscheiden" soll. — Derselbe deutschrechtliche Besitz wird ferner das Rechtsverhältniß des „Sequesters" weit richtiger gestalten, als die römische Uebertragung eines einstweiligen relativen Eigenthums; denn auch der Sequester will nie Eigenthum oder animus „domini" haben, sondern die Sache lediglich einstweilen besitzen (innehaben), um dieselbe einst demjenigen hinauszugeben, welchem dereinst nach dem Ausspruche des Gerichts ein animus domini wirklich zusteht. — Endlich ist zum Zwecke der Verwahrung (custodia u. s. w.) ein dingliches Besitzrecht — mit blosem animus zu besitzen und den-

noch mit Besitzschutz gegenüber dritten Unberufenen — weit praktischer und richtiger, als jede andere Rechtsgestaltung. — — So ist die Construktion des deutschen Besitzrechtes nicht blos eine Möglichkeit, sondern auch inneres, materielles Bedürfniß, und schon der bisherigen Rechtsübung des Besitzes liegt eine opinio necessitatis zu Grunde. —

Die Gestaltung, welche diese Construktion des empirischen Besitzrechtes im Einzelnen zu erhalten haben wird, wird der Zukunft vorzubehalten sein. — Im Allgemeinen dürfte dieselbe etwa folgende Grundzüge festzuhalten haben. — Der deutsche Besitz ist, wie bemerkt, seiner Natur nach ein jus in re, weil er nur einen Theil der Rechte des Eigenthümers an einer Sache beansprucht. Er ist nicht Savigny's Recht „des Besitzes", jenes leere, noch undefinirte Recht, bei welchem wir erst wieder fragen müssen: welcher Art ist denn eigentlich jenes Recht, welches aus dem Faktum oder dem Besitze folgen soll, ein Recht, welches wieder entweder: ein Eigenthum (bei der Ersitzung, Occupation u. s. w.), oder ein Besitz, oder etwa eine Servitut (usus u. s. w.), kurz ein verschiedenartiges sein kann; sondern der Besitz ist ein vom Eigenthümer tradirtes jus in re: „zu besitzen" mit dem „animus zu besitzen". — Nicht in äußeren Motiven: Verbot, Gewalt, Präsumtion u. s. w. liegt dessen Rechtsschutz, sondern in dessen Positivität, welche diesem Gewohnheitsrechtsinstitute in gleicher Weise zukömmt, wie jedem anderen Rechtsinstitute: dem Eigenthume selbst, jedem anderen jus in re, allen Servituten u. s. w. — Er ist ferner kein principales, sondern im Grunde nur ein accessorisches Recht; eine Eigenschaft, welche er mit noch einem andern jus in re, dem accessorischen Pfandrechte, gemein hat, insoferne ein Besitz vom Eigenthümer nie um seiner selbstwillen, sondern nur zur Erreichung eines prinzipalen, anderen juristischen Zweckes (z. B. einer Sequestration, einer custodia,

zur Verstärkung der Sicherheit der Verpfändung u. s. w.) tradirt werden wird. — In ähnlicher Weise wird auch seine Dauer zeitlich beschränkt sein; er dauert nämlich so lange, als das prinzipale Rechtsinstitut, die causa, zu deren Gunsten ein dingliches Inhaben gewährt werden soll, dauert. — Wie man ferner bei der Eigenthumsübertragung von einer causa oder einem titulus acquirendi dominii (pro emto, donato u. s. w.) spricht, so wird man auch beim Besitze von einer causa oder einem Titel, zu besitzen, sprechen können, welcher den Zweck, um dessen Willen ein dingliches Recht, innezuhaben oder zu besitzen, überhaupt tradirt werden soll, bezeichnet, und welcher ein verschiedener sein kann, je nachdem das wirkliche dingliche Besitzrecht zum Zwecke oder zur Sicherung einer Sequestration, eines summariissimum, einer Verpfändung, einer Verwaltung, einer Miethe, einer Nutznießung, eines usus u. s. w. tradirt werden wird. Nach der Dauer eben dieser causa wird sich nicht blos die Dauer dieses dinglichen Besitzrechtes an sich, sondern auch die Zulassung eines Ueberganges desselben auf die Erben u. s. w. bestimmen. — Die einzelnen Rechtssätze des römischen relativen Eigenthums in der possessio endlich mögen öfters Analogien für diesen deutschen Besitz bieten. Insoweit dieß der Fall, dürfen alle dessen Rechtssätze ohne Zweifel analog auf den Besitz übertragen werden; nie aber kann der Besitz direkt unter die römische possessio „subsumirt" werden. —

III. Injurien- und Alimentenklage außerehelicher Kinder. Schmerzensgeldklage.

Noch andere charakteristische Beispiele einer ungenügenden, weil lediglich historischen Darstellung unserer nationalen Rechtsinstitute habe ich schon früher erwähnt (Rechtsreform S. 133 u. 70): die moderne Injurie sowie die Alimentenklage außerehelicher Kinder.

a) Die injuria ex generali edicto in Rom war nichts anderes, als: ein sog. „Aushülfedelikt"; d. i. ihr Gebiet war das Strafrecht, und sie beahndete — (neben den sonstigen Aushülfsverbrechen vis und stellionatus) — alles Criminalunrecht (omne qnod non jure fit), für welches das Recht nicht bereits besondere Deliktsarten aufgestellt hatte. — Da für die wichtigeren Delikte in Rom alsbald besondere Deliktarten geschaffen wurden, so blieb für jenes generelle Aushülfeverbrechen, abgesehen von der Körperverletzung, hauptsächlich nur das zur Beahndung übrig, was etwa wir heutzutage unter den Begriff einer „Polizeiübertretung" subsumirt finden würden; u. a. war in Rom selbst noch: die Verursachung eines üblen Geruches, die Verletzung einer Statue, die Unzucht mit einer fremden Sklavin, die Anwendung von Zaubermitteln u. s. w. eine injuria; — darunter allerdings auch insbesondere die uns angehende eigentliche „Ehrenkränkung", die contumelia.

Jener weite Begriff der römischen injuria ex gen. ed. nun, welcher begrifflich das ganze Strafrecht umfaßte, war natürlich auch für die Römer keine „Ehrenkränkung" mehr! Sondern lediglich die Neueren, i. e. die Historiker, glaubten allen Ernstes, die Römer hielten alle Verbrechen zugleich für Ehrenkränkungen! Zu diesem absurden Irrthume kamen letztere wohl aus dem äußerlichen Motive, weil 1) eigenthümlicher Weise die heimische Wortbedeutung von „Injurie" — im Gegensatze zu jener obigen römischen injuria — nur eine Ehrenkränkung bezeichnet, und die historische Jurisprudenz regelmäßig überhaupt nicht gewohnt war, an die Möglichkeit zu denken, daß das Ueberlieferte von dem Positiven zu trennen sei; und weil ferner 2) die Römer jene generelle injuria (Unrecht) gleichzeitig auch als eine Verletzung der „existimatio" d. i. richtigerweise der Achtung der äußeren Integrität oder „Rechtsfähigkeit überhaupt" bezeichneten, wäh-

rend die Neueren diese existimatio wieder unrichtig einschränkend lediglich als eine Verletzung derjenigen Achtung interpretirten, welche die „Ehre“ speciell erfordert und dadurch auf diesem zweiten Wege nochmals zu demselben Irrthume zurückgeleitet wurden. — In der Wirklichkeit aber hieß das Wort injuria ex gen. ed. in Rom überhaupt niemals Ehrenkränkung, ebensowenig als bei uns das Wort Unrecht gleichbedeutend mit Ehrenkränkung ist, sondern dasselbe war nur der Gattungsbegriff, in welchem auch die Ehrenkränkung (contumelia) inbegriffen war: Jede Ehrenkränkung also war zwar allerdings in Rom zugleich eine injuria ex gen. ed. (Unrecht), keineswegs aber umgekehrt jede derartige injuria eine Ehrenkränkung.

Im Gegensatze hiezu umfaßt, wie bemerkt, der heutige Begriff unserer Injurie nur die Ehrenkränkung; keineswegs: omne quod non jure fit.

Statt diesen Contrast des antiken und des heutigen Begriffes bei der Rechtsdarstellung überhaupt beachtenswerth zu finden, statt diese Gegensätze anzuerkennen, sich prinzipiell gegenüberzustellen, und bei deren Contraste dem thatsächlich gegebenen oder empirischen vor dem lediglich geschichtlichen Rechte den Vorzug zu geben, wie dieß zuvor faktisch bereits in der Monographie Webers geschehen war, erschien der Behandlungsweise der historischen Schule umgekehrt der Begriff der römischen injuria ex gen. ed. schon deßhalb der „positive“, weil er im corpus juris überliefert und derselben das historisch überlieferte — schon als solches — positives Recht war. — Dadurch kam die historische Richtung in dieser Lehre in der That zu dem Absurdum, heutige „Polizeireate“ von der Sorte der oben angegebenen, welche zu der „Ehre“ eines Menschen in der Wirklichkeit nicht in die mindeste Beziehung treten, als Verletzungen der Ehre zu qualificiren! — Und eine derartige historisch-antiquarische

Darstellung unserer positiven Injurie findet sich nicht etwa blos im ersten Beginne der historischen Schule: bei dem Historiker Walther, welcher 1820—1821 deren Lehre zuerst vom historischen Standpunkte darstellte, sondern u. a. noch in den, im Jahre 1861 erschienenen Pandekten Keller's § 376; diese beide erkennen sogar die Verschiedenheit des antiken und modernen Begriffes der Injurie an, und trotzdem stellen dieselben für letztere die antike Lehre der römischen injuria ex gen. ed. als die noch heute positive dar! — — Offenbar wird auch diese historische Lehre von einer empirischen Grundlage aus wieder berechtigt werden müssen, wenn wir ein positives Recht finden wollen. —

b) Dieselbe Nothwendigkeit einer empirischen Darstellungsweise zeigt sich beispielsweise in der Lehre der heutigen Alimentenklage wegen außerehelicher Schwängerung.

Unsere Lehrbücher des positiven Civilrechts haben eine nicht passende Analogie des römischen Rechts, die Rechtsbestimmungen einer wirklichen (freien) „Ehe" analog auf unsere Verhältnisse außer der Ehe übertragen; in denselben, ja selbst in modernen Partikulargesetzgebungen, findet sich der Satz: der außereheliche Vater hat die volle primäre Alimentationspflicht seines Kindes. — Dessenungeachtet ist es erfahrungsgemäß nicht wahr, daß in der Rechtsübung thatsächlich der außereheliche Vater diese volle Alimentationspflicht trägt; vielmehr wird die Erfahrung ergeben, daß wohl in ganz Deutschland ein Gewohnheitsrecht jene Theorie wie Gesetzgebung in der That beseitigt hat. —

Hätte nämlich der außereheliche Vater diese volle Verpflichtung, so müßten die Gerichte jedesmal (allenfalls durch Sachverständige) den vollen Preiß ermitteln, welchen die Alimentation eines Kindes an einem bestimmten Orte erfordert, und den Vater stets in diese volle Summe verurtheilen, gleichviel ob allenfalls die Armuth des Kindesvaters eine künftige

Exekution in einen so hohen Betrag ermöglichen wird: die blose Unmöglichkeit einer Exekution würde das Recht an sich und die Verurtheilung hiezu nicht alteriren können. — Statt dessen erkennt aber die Praxis regelmäßig auf solche Alimentensummen, daß mit ihnen allein heutzutage notorisch ein Kind nicht erzogen werden kann; Summen, welche somit um nichts mehr, als ein „Beitrag" zur Alimentation, erscheinen; so zwar, daß auch die außereheliche Mutter mindestens durch Dienstleistungen u. s. w. an der Alimentation participiren muß; (auf dem Lande bei ärmeren Klassen etwa monatlich auf 1 Thaler). Und wenn hie und da auch eine scheinbare Abweichung eintritt, und bei einem reichen Vater und einer armen Mutter der erstere zu einer Summe verurtheilt werden sollte, daß das Kind in den Verhältnissen der Mutter möglicherweise vollständig alimentirt werden kann, so zeigt sich die Verschiedenheit von der vollen Alimentation doch noch immer darin, daß die ausgesprochene Alimentensumme zur vollen Alimentation nicht hinreichen würde, wenn die Mutter gleichfalls reich wäre, und alsdann das Kind in den Verhältnissen dieser reichen Mutter erzogen werden müßte. — Ja Partikulargesetze, wie das preußische Landrecht, sind genöthigt, in diesem Punkte sich selbst zu widersprechen; denn während dieß bei der Armuth der Mutter dem Vater die primäre (volle) Alimentationspflicht zuerkennt, verfügt dasselbe gleichzeitig (Anhang § 83), daß gemeine Soldaten per Monat 16 Groschen, somit nicht soviel, als die volle Alimentationspflicht ausmacht, zu zahlen haben. — In den meisten Fällen wäre auch nebenbei eine Gesetzesvorschrift, zufolge deren dem außerehelichen Vater die volle Alimentationspflicht obläge, praktisch unausführbar und werthlos, weil außereheliche Geschlechtsbeziehungen wenigstens vorwiegend da entstehen, wo die Kosten einer Ehe, einer ehelichen und damit einer vollen Alimentation, vom Vater nicht bestritten zu werden ver-

möchten, und ein Gesetzesgebot, das außereheliche Kind vollständig zu alimentiren, ohnehin wirkungslos wäre. Abgesehen hievon aber zieht überhaupt ein modernes Gewohnheitsrecht hier mit richtigem Takte — den römischen Bestimmungen über Alimentation innerhalb der Ehe gegenüber — eine Grenze bei Regelung der Verhältnisse außerhalb der Ehe.

Somit dürfte sich bei einer empirischen Erforschung des „geltenden" Rechts — an der Stelle des überlieferten Satzes: der außereheliche Vater hat die volle Alimentationspflicht — wohl ein Anderes, als dieß überlieferte Recht, nämlich der Gewohnheitsrechts-Satz als das wirkliche positive Recht ergeben: der außereheliche Vater hat nicht jene volle Alimentations-Pflicht, sondern lediglich die Pflicht zur Leistung eines angemessenen „Beitrags" zu den Alimenten.

c) Hätte nicht das jetzt thatsächliche oder lebende Recht maßzugeben, sondern wären die Bestimmungen unseres Schmerzengeldes nur unter die historisch überlieferten Bestimmungen der römischen injuriarum actio ex gen. ed., (unter welche das Schmerzengeld in Rom wirklich fiel), zu subsumiren, so wäre die Folge, daß alle diejenigen Fälle, in welchen schon bisher die Praxis die Lehre des Schmerzensgeldes frei und verschieden von den römischen Bestimmungen entfaltete, (siehe meine Abh. über die heutige Schmerzensgeldklage § 23), nicht zu Recht beständen; z. B. die bisher auch stets wegen blos culposer Körperverletzungen zugelassene Schmerzensgeldklage wäre künftighin, wie die römische injuriarum actio, nur wegen doloser Verletzungen zulässig u. s. w.

In der Wirklichkeit hat sich aber, — wie ich mit der herrschenden Anschauung[6]) glaube — das Schmerzensgeld bei

6) Vgl. meine Unters. über die heutige Schmerzensgeld-Klage S. 122 § 6 Note 5; Windscheid Pand. § 455 Note 30 der 2. Aufl.

uns in Deutschland unmitttelbar aus den germanischen Compositionen oder Bußen des Mittelalters frei und selbstständig, ohne jede Zuhülfenahme des römischen Rechtes erhalten und entwickelt, so daß wir getrost behaupten dürfen, wir haben noch heutzutage ein, gegenüber dem römischen Rechte selbstständiges Institut vor uns, welches ebendeßhalb frei, wie jedes andere Institut des deutschen Privatrechts, construirt werden muß und nicht unter das römische Recht subsumirt werden darf.

In den Bestimmungen dieses Institutes somit, soweit sie von jeher und noch heutzutage vom historischen römischen Rechte abweichen, zeigt sich wiederholt das Bestehen eines heutzutage geltenden oder empirischen sowie zugleich nationalen Rechtes gegenüber einem nicht geltenden historischen Rechte.

IV. Bähr's Anerkennungsvertrag.

Ein letztes Beispiel endlich dürfte uns die „Klage Bähr's" bieten: das Anerkenntniß als Verpflichtungsgrund. — Auch in letzterem trat das Leben längst in Contrast mit der Ueberlieferung; — ohne daß die Schwäche der herrschenden Richtung, das lebende positive Recht da darzustellen, wo das überlieferte ein anderes ist, zuvor die Kraft fühlte, diesen Contrast zur Form eines positiven Rechts durchzubilden. —

Man gestatte einen Blick auf das Rechtsleben vor dem Aufkommen der Bähr'schen Theorie. — Der Laie weiß bei uns bis zur Stunde nichts von der Nothwendigkeit der Anführung einer römischen causa debendi in einer Schuldurkunde. Folge davon war von jeher die nachstehende Thatsache: einem namhaften Bruchtheile, vielleicht der Hälfte aller, von Laien selbst redigirten, Schuldurkunden, namentlich solchen, welche aus dem alltäglichen kleinen Laienverkehr den Gerichten zur Begründung einer Klage vorgelegt werden, fehlt diese

causa. Die Schuldurkunde lautet da etwa in ihrer ausführlicheren Form einfach: N N bekennt dem A A 100 zu schulden, und verspricht dieselben (an einem bestimmten Tage) zu zahlen. — Damit glaubt sich der Laie hinreichend verpflichtet. — Müßte man hier der Ueberlieferung der früheren Theorie folgen, so wären alle Prozesse mit solcher Klagsbegründung in der angebrachten Art verloren; so sehr sich auch doch zumeist der Kläger im Besitze eines vollen, materiellen Rechtes befinden wird. —

Bemerkenswerth ist, wie in dieser Lehre selbst innerhalb der Praxis die gelehrte Jurisprudenz mit der Routine schon seit Langem im Gegensatze stand. — Der angehende Praktiker mit der von der Universität herübergebrachten Theorie, ebenso das mehr in der wissenschaftlichen Theorie gebildete Obergericht, verwarf die cautio, quae indiscrete loquitur. — Der alte Amtmann dagegen, welcher wohl auch einmal seine Theorie erlernt, sich aber bei den Auswüchsen unserer Theorie und bei seinem Nahestehen an den Bedürfnissen des Lebens längst seine Praxis selbst zurecht gelegt hatte, ließ einen derartigen Klagegrund — namentlich in nicht appellablen Prozessen — nicht selten zu und verurtheilte.

Wer von beiden hatte Recht? — Die Praxis des Amtmanns hatte offenbar alle Billigkeit für sich, und unbewußt traf sie sogar das Richtige. Allein positives Recht begründet diese, wenn auch noch so wohlgemeinte, Routine wohl für sich allein nicht, solange dieselbe ihre Entscheidung nicht mit positiven Gründen, sondern nur mit der aequitas, zu rechtfertigen vermag. Denn Billigkeit ist noch nicht positives Recht. — Die leblose Theorie, der Buchstabe der Ueberlieferung, also konnte hier absiegen, obgleich letztere sich bei richtiger juristischer Kritik als haltlos erwiesen haben würde.

Bähr war nun derjenige, wissenschaftlich urtheilende

Praktiker, welcher zuerst auf dem empirischen Standpunkte des heute geltenden Rechtes nachwies, daß heutzutage bei der Klagbarkeit aller formlosen Verträge auch ein concludenter Vertrag dahin, eine bestimmte Summe schulden zu wollen, „positive" Berechtigung haben müsse, und daß die cautio indiscreta bei der Beseitigung der römischen Formalcontrakte als eine antiquarische Lehre zu betrachten sei. — Damit gab Bähr der Praxis die ihr in dieser Lehre abgehende positive, (auf der Rechtsquelle der Wissenschaft basirende), Begründung, und bereicherte derselbe umgekehrt die Theorie aus dem Leben um ein, der materiellen Gerechtigkeit und dem wahren positiven Rechte in der That zur Verwirklichung verhelfendes, Rechtsmittel: Bähr „fand" empirisch mittels der Rechtsquelle der Wissenschaft (juristischer Consequenz) gleichsam eine „neue Klage", welche mehr und mehr in der allgemeinen Ueberzeugung — in der Theorie[7]) sowohl als in der Rechtsübung, wie es nach den Entscheidungen des Juristentages (1871) allen Anschein gewinnt, — ihre Anerkennung finden wird, und welche zum Danke für eine

7) Auch dazu scheint allerdings Aussicht vorhanden. Denn wenn competente Urtheiler, wie Windscheid, (Bd. II § 412 a u. b der 2. Aufl. der Pand.) ein Hinderniß der Zulassung der fraglichen Klage lediglich noch in einer Stelle, wie der c. 13 C. de non num pec. 4, 30 finden, so scheint die Sache wissenschaftlich nicht so ganz ungünstig gelagert. Auch diese Stelle dürfte kein ernstliches Hinderniß bieten und die Deduktion einer gegentheiligen Ansicht aus der letzteren dürfte vielleicht doch wohl ein unzuläßiges argumentum a contrario enthalten. Denn aus dem Umstande, daß ein Gläubiger bei Anführung einer speciellen causa im römischen Sinne in einem Schuldscheine das Vorhandensein einer causa nicht weiter beweisen muß, scheint doch kaum gefolgert werden zu dürfen, daß der Gläubiger nicht auch in andern Fällen des Beweises einer hergebrachten causa überhoben werden darf (unius positio non est alterius exclusio). — Abgesehen hievon spricht diese Stelle neben dem promissor gleichzeitig auch von dem adstipulator und gibt dieselbe dadurch zu erkennen, daß vielleicht auch hier nur der römische Formalcontrakt der Stipulation in Frage war.

den Lebensbedürfnissen entsprechende Fortbildung unseres positiven Rechtes in gleicher Weise mit „Bähr's Klage" benannt zu werden verdiente, wie etwa einer actio Pauliana, Publiciana u. s. w., solange eine Wissenschaft des Rechtes besteht, der Name ihres Autors erhalten bleiben wird.

Auch diese Lehre dürfte somit ahnen lassen, wie die empirische Erforschung und Darstelluug des positiven Rechts vielfach zu einem anderen und richtigeren positiven Resultate führen wird, als die historische schlechthin, wie überhaupt ebendieselbe allein dereinst allmälig ein, den thatsächlichen Bedürfnissen, der wahren Uebung und dem wirklichen Rechtsbewußtsein unseres Volkes entsprechendes d. i. ein nationales Civilrecht an den Tag zu fördern im Stande sein wird; und ich unterlasse, hier noch weitere Beispiele zum gleichen Nachweise anzuführen.

Druck der Friedr. Mauke'schen Officin in Jena.